Gültigkeit bezw. Ungültigkeit einer zweiten Ehe im Falle der Aufhebung des Scheidungsurteils im Wege der Restitutionsklage.

Ein Beitrag zur Lehre vom konstitutiven Urteil unter besonderer Berücksichtigung seiner rückwirkenden Kraft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich = Alexanders = Universität zu Erlangen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Franz Helbig
aus Gunschwitz,
Referendar am Königl. Landgericht zu Beuthen O/S.

Approbiert am 21. Oktober 1905.

Breslau 1906.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, e. G. m. b. H.

68

Referent: Univ.-Professor Örtmann.

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
A.	**Einleitung**		1
B.	I. Teil.	**Das Wesen des konstitutiven Urteils.**	
		§ 1. Das heutige Klagensystem	6
		§ 2. Der Begriff des konstitutiven Urteils	10
		§ 3. Die Bedeutung des Parteiwirkens beim konstitutiven Urteil	12
		§ 4. Das konstitutive Urteil in seiner Stellung zum reinen Feststellungs- und Leistungsurteil	16
		§ 5. Konstitutive Urteile im römischen Recht	18
		§ 6. Das Ehescheidungs- und Restitutionsurteil	20
C.	II. Teil.	**Die Rückwirkung beim deklarativen und konstitutiven Urteil.**	
		§ 7. Die Rückwirkung bei der Rechtsdeklaration	25
		§ 8. Die Rückwirkung beim konstitutiven Urteil.	33
D.	III. Teil.	§ 9. **Die Grenzen der Rückwirkung**	47
E.	IV. Teil.	§ 10. **Bestätigungen der getroffenen Entscheidung**	60
F.	**Schluss**		72

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0032

A.

Einleitung.

Mag es auch die Regel sein, dass der Gesetzgeber bei der Gesetzeskodifikation auf dem Boden des derzeitigen Standes der Wissenschaft aufbauend ihre Errungenschaften nur verwertet, so fehlt es doch nicht an Beispielen, in denen er der Wissenschaft vorausgeeilt ist.

Auch die Kodifikation unseres bürgerlichen Rechtes entbehrt dieses letzteren Vorzuges nicht. Verdankt doch die Wissenschaft ihr nicht nur den Anlass zu eingehender Behandlung, sondern geradezu die Anerkennung von manchen Instituten, welche sie bis dahin vielfach unbeachtet gelassen oder doch wenigstens nur gestreift hatte.

Mit einem derartigen Institut beschäftigt sich die nachfolgende Abhandlung, ein Institut, welches zwar keinesfalls eine Neuschöpfung des B.G.B. ist, aber durch diese Kodifikation eine vorzügliche Förderung insofern erhalten hat, als sie es mit markanter Schärfe hervortreten liess, derart, dass es auch in der Wissenschaft einer allgemeinen Anerkennung entgegengehen dürfte: Es ist das konstitutive Urteil.

Tatsächlich stellt denn auch die bei weitem grössere Zahl der Vertreter der Wissenschaft das Vorhandensein dieser Urteilsart nicht mehr in Frage, wenn auch die sich auf sie beziehende Lehre noch keineswegs eine einheitliche genannt werden kann.

Zum Belege dessen verweise ich auf die Uneinigkeit, welche bei der Behandlung eines hierhergehörigen Falles zutage trat.

In der Deutschen Juristenzeitung im Jahre 1899 auf Seite 18 findet sich eine Bemerkung von Friedrichs des Inhalts, dass nach dem B.G.B. zwei Fälle einer möglichen Doppelehe denkbar seien.

„Der Mann", so führt er aus, „geht in formgerechter Weise, aber in geschäftsunfähigem Zustande (§ 104 B.G.B.) eine Ehe ein. Diese Ehe ist nichtig (§ 1325 Abs. 1 B.G.B.). Sie bildet ein Hindernis für die Eingehung einer weiteren Ehe, aber nur ein aufschiebendes, denn nur das Bestehen einer gültigen Ehe ist ein trennendes, öffentliches Hindernis (§ 1326 B.G.B.). Der Mann kann also, wenn dem Standesbeamten die frühere Ehe verheimlicht wird, eine neue Ehe eingehen, und diese neue Ehe ist gültig, wenn die Geschäftsunfähigkeit zur Zeit ihrer Eingehung behoben ist. Wenn nun der Mann nach Behebung der Geschäftsunfähigkeit und nach Eingehung der zweiten Ehe die erste Ehe in irgendwelcher Form bestätigt, so ist auch diese als von Anfang an gültig anzusehen."

Ein zweiter ist nach Friedrichs Meinung der folgende Fall:

„Der Mann lässt sich von seiner Ehefrau scheiden und geht nach Rechtskraft des Urteils eine zweite Ehe ein. Erhebt nun nach Schliessung der neuen Ehe die erste Frau . . . . die Restitutionsklage und dringt mit dieser durch, so bestehen zwei Ehen." Denn die zweite Ehe sei von Anfang an gültig gewesen. Das Gesetz liesse weder die Nichtigkeitsklage (§ 1323 B.G.B.) noch die Anfechtungsklage (§ 1330 B.G.B.) wegen eines Umstandes zu, der nach der Eheschliessung eingetreten ist. Die alte Ehe aber werde durch Aufhebung des Scheidungsurteils wiederhergestellt. Es bestünden also zwei gültige Ehen.

Wären diese Argumentationen richtig, so wäre das in der Tat ein ausserordentlich bemerkenswertes Ergebnis. Denn der Grundsatz der einfachen Ehe, der bei fast allen

Kulturvölkern als ein Grundstein ihrer sittlichen Ordnung aufrecht erhalten wird, den die fortgeschrittenen Rechte, die heute schon der Geschichte angehören, gegründet und festgehalten haben, im geltenden Rechte in zwei Fällen durchbrochen zu sehen, verdient die vollste Aufmerksamkeit. Geht doch die Tendenz unseres Gesetzes unverkennbar dahin, die Bigamie in keiner Weise zu dulden.

Mögen zwar, selbst im Bereiche einzelner fortgeschrittener Rechte, Doppelehen vorgekommen sein[1]), so unterscheiden sich doch diese Fälle grundsätzlich von den hier in Frage stehenden dadurch, dass bei ihnen ganz besondere Rücksichten sprachen. Aber zwei Fälle einer Doppelehe aus dem Gesetz herleiten zu wollen, das ist ein seltsames Unternehmen, welches unbeantwortet nicht bleiben konnte und nicht geblieben ist. Der Redaktor des Familienrechtes selber trat dieser Meinung entgegen und zwar mit solcher Entschiedenheit, dass er den Schluss seiner Erwiderung dahin formulierte:

> „Ich glaube sicher zu sein, dass ein so widersinniges Ergebnis sich nur aus einer fehlerhaften Anwendung des B.G.B. ableiten lasse.“[2])

Eine Entgegnung auf den ersten Fall findet in dem Rahmen dieser Abhandlung keinen Platz, seiner Abnormität wegen möge deshalb nur erwähnt werden, dass der Fehler dabei in der Verkennung des Wesens der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes liegt.[3])

> Bestätigung ist begrifflich erneute Vornahme des Rechtsgeschäftes (§ 141 B.G.B.).

Da nun aber die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft wirksam zu bestätigen zugleich mit der Möglichkeit es ab-

[1]) Beispielsweise im protestantischen Kirchenrecht, wo dies öfters vorgekommen ist: Die kirchlich geschlossenen Doppelehen Philipps von Hessen und Friedrich Wilhelms II. von Preussen (vergl. Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 406 Anm. 1).

[2]) Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1899, S. 38.

[3]) Planck a. a. O.

zuschliessen fällt, so ist, wenn inzwischen eine andere gültige Ehe abgeschlossen worden ist, damit auch die erneute Schliessung der früheren Ehe nicht mehr zulässig. Vielmehr bleibt die zweite Ehe bestehen und die erste Ehe ist trotz der vermeintlichen Bestätigung nichtig.

Was nun aber den zweiten Fall anlangt, so behauptet Planck, dass auch hier nur eine Ehe zu recht bestehe und zwar sei dies die erste, denn durch das der Restitutionsklage stattgebende Urteil

> werde festgestellt, dass die Scheidung der Ehe nicht gültig erfolgt sei. Das Urteil wirke ex tunc. Das Verhältnis sei daher so anzusehen, wie wenn zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe die frühere Ehe nicht geschieden gewesen wäre. Zu dieser Zeit bestand allerdings infolge des Scheidungsurteils der Schein, dass die frühere Ehe aufgelöst sei. Dieser Schein werde durch das der Restitutionsklage stattgebende Urteil zerstört, die wahre Rechtslage durch das Urteil klargestellt.[1])

Während also Friedrichs dem der Restitutionsklage stattgebenden Urteil die Kraft beilegt, die frühere Ehe wiederherzustellen — oder, um es kurz vorweg zu nehmen, ein konstitutives Erkenntnis anzunehmen scheint — beschränkt sich nach Plancks Meinung das Urteil darauf, lediglich die wahre Rechtslage festzustellen.[2])

Weiterhin unterscheiden sich die beiden Ausführungen darin, dass nach Planck das Urteil ex tunc, nach Friedrichs ex nunc wirkt. Planck spricht es direkt aus, dass Friedrichs Fehler diese Annahme sei. Es fragt sich, ob nicht auch von Friedrichs Standpunkt —

[1]) Diese Meinung vertritt Planck nach wie vor, denn in der 3. Auflage seines Kommentars (1904) verweist er in Anm. 3 zu § 1309 auf seine oben wiedergegebene Behandlung dieses Falles und in der Bemerkung II 3 vor § 1323 a. a. O. stellt er die konstitutive Natur des Ehenichtigkeitsurteils ausdrücklich in Abrede.

[2]) Vergl. darüber den ersten Teil nachfolgender Abhandlung.

der Anahme eines konstitutiven Urteils — aus eine ex tunc Wirkung nachgewiesen werden kann.[1])

Fernerhin dürfte ein Umstand zu beachten sein, welchen anscheinend schon Struckmann-Koch in seinem Kommentar zur Z.P.O. in Erwägung gezogen hat, wenn er in der 2. Auflage[2]) in Note 5 zu § 578 sagt:

> Ist die Ehe einmal dem Bande nach geschieden oder für ungültig bezw. für nichtig erklärt worden, so kann wenigstens dann, wenn hierauf eine neue Ehe eingegangen ist, jene Wirkung nicht durch die Wiederaufnahme rückgängig gemacht werden.

Denn verstehe ich dies recht, so meint Struckmann-Koch ähnlich wie neuerdings Hellwig in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1904 Seite 836 ff. und 1074 ff., dass allerdings das der Restitutionsklage stattgebende Urteil ex tunc wirke, dass aber die Rückwirkung durch die in der Zwischenzeit auf der Grundlage des ersten Urteils entstandene Rechtssituation zu begrenzen sei.[3])

---

[1]) Vergl. über die ex tunc Wirkung beim deklarativen und konstitutiven Urteil den zweiten Teil der Arbeit.

[2]) Nicht unerwähnt möge bleiben, dass in der neuen (8. Auflage Bd. I Vorbem. z. 4. Buch S. 739) nur folgendes zu befinden ist:

> Über die Wirkung der Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils, z. B. die Wiederverheiratung eines geschiedenen Ehegatten, insbesondere darüber, ob die Aufhebung ex nunc oder ex tunc erfolgt, entscheidet das bürgerliche Recht (§ 1309 Abs. 2, § 115 E.G.B.).

[3]) Diesen Gesichtspunkt behandelt der dritte Teil der Arbeit.

B.

I. Teil.

Das Wesen des konstitutiven Urteils.

§ 1.

Das heutige Klagensystem.

Wie der heutige Strafprozess grundsätzlich nur dahingeht, richterliche Entscheidung über Schuld und Bestrafung des Angeklagten zu treffen und nur im Ausnahmefalle dieses Ziel im objektiven Strafverfahren nicht erstrebt, so beherrscht auch den römischen Zivilprozess fast ausschliesslich[1]) nur eine Rechtsschutzform: Den Beklagten zu verurteilen, wenn sich die intentio als richtig erwies, ihn freizusprechen, wenn dies nicht der Fall war. Es ist die actio als die Befugnis zum Schutze eines materiellen Rechtes im subjektiven Sinne die staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen[2]), der Anspruch auf Verurteilung des Schuldners.

So kam es, dass für die römischen Juristen im Vordergrunde des Interesses das Urteil als Leistungsurteil steht, und diese Urteilsart ist es denn auch gewesen, mit welcher sich die Wissenschaft bis zum Erlass der Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 fast ausschliesslich beschäftigt hat. Als aber dieses Gesetz im § 231 die Feststellungsklagen anerkannte, säumte die Theorie nicht auch dieses Gebiet zu betreten, und den Klagen auf Leistung die auf Feststellung anzugliedern.

Aber auch diese Einteilung war nicht geeignet, der Fülle des modernen Klagebegehrens zu entsprechen, und man erkannte schon vor der Zeit des B.G.B. hier und da,

[1]) Vergl. aber unten S. 18 ff.

[2]) Vergl. D 44, 7, 51.

dass eine derartige Zweiteilung unzulänglich sei und versuchte eine dritte Klageart aufzustellen[1]), doch bewegen sich diese Versuche, ganz abgesehen davon, dass sie heftig angefeindet worden sind[2]), noch in ziemlich unbestimmtem Rahmen und deuten meistens nur an. Wie eingangs bemerkt, war es nun das B.G.B., welches dadurch, dass es eine Reihe von neuen konstitutiven Urteilen aufnahm und einigen den Charakter dieser Urteilsart besonders erkennbar verlieh, der Lehre vom konstitutiven Urteile in hervorragendem Masse förderlich war, so dass die herrschende Meinung die Urteile vom Gesichtspunkte ihres „prozessualen publizistischen Gehaltes" in Leistungs-, Feststellungs- und konstitutive Urteile gliedert, und zwar spricht man von Leistungsurteilen, wenn ihren Inhalt die Verwirklichung eines Anspruchs[3]) im Sinne des bürgerlichen Rechtes (§ 194 B.G.B.) durch Verurteilung des Beklagten bildet und von (reinen)[4]) Feststellungsurteilen dann, wenn er darin besteht, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines konkreten Rechtsverhältnisses lediglich ausgesprochen wird.[5])

Auf die dritte Urteilsart wird unten ausführlich eingegangen.

Diese Dreiteilung ist allerdings noch keineswegs eine allgemein anerkannte, einesteils fehlt es nämlich nicht an Stimmen, welche immer noch an der älteren Scheidung in Leistungs- und Feststellungsurteile festhalten und die kon-

[1]) So. z. B. Rocholl (Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts II [1890] S. 170 ff.) unter dem Namen Konfliktsklagen, und Seuffert, in der Zeitschr. f. d deutsch. Zivilprozess, Bd. 22 S. 338 u. a.

[2]) Z. B. von Kohler, Forschungen, S. 65; Petersen, Komm. I S. 474 (3. Aufl.); Leonhard in der Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess, Bd. 15 S. 358; v. Wilmowsky-Levy, Komm. I § 231 Note 6, 2 (6. Aufl.).

[3]) Vergl. § 767 Z.P.O.

[4]) Feststellende Wirkung hat in gewissem Sinne jedes Urteil, vergl. unten S. 16 ff.

[5]) Langheineken, U. A. S. 85; Gaupp-Stein, Komm. Bd. I S. 528; Stein, Bindende Kraft, S. 10 ff. und in Birkmeyers Enzyklopädie S. 928; Hellwig, Lehrbuch, S. 45 ff. In einigen Punkten abweichend Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 8 ff.

stitutiven in diesen engen Rahmen hineinzwängen wollen. Ich erwähne besonders Kohler, welcher in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess sagt:

> Es ist überhaupt unrichtig, von konstitutiven Urteilen zu sprechen[1])[2]),

vielmehr seien

> die vermeintlichen Rechtsgestaltungsklagen nichts anderes als Feststellungsklagen.[3])[4])

Auf diese Anschauung braucht an dieser Stelle nicht im besonderen eingegangen zu werden, weil die Widerlegung derselben ein Zweck dieser ganzen Arbeit ist.[5])

Andrerseits aber findet sich auch die Meinung, dass das dreigliedrige Klagensystem noch zu eng sei. Der Begründer derselben ist Kisch, welcher in seiner „Urteilslehre" in den Leistungs- und Feststellungsurteilen eine einheitliche Gruppe sieht, dem konstitutiven Urteile aber noch das „auslösende", „festsetzende"[6]) und das Urteil aus § 1612 Abs. 1 anreihen will. M. E. hat Kisch nicht den Beweis dafür erbracht, dass eine derartige Gliederung geboten sei, denn die auslösenden und festsetzenden Urteile charakterisieren sich in wesentlich gleicher Weise wie die konstitutiven.

[1]) Bd. 29 S. 9.

[2]) Zum Beweise, mit welcher Bestimmtheit man früher zum Teil das Vorhandensein des konstitutiven Urteils leugnete, verweise ich auf Bd. 7 S. 95 des Magazins für das deutsche Recht der Gegenwart, wo Sprenger sagt: Eine Klage sei entweder Leistungs- oder Feststellungsklage: „tertium non datur".

[3]) So im Jahrgang 1904 (Bd. 33 S. 226).

[4]) Auch das Reichsgericht hat noch im Urteil vom 10. Oktober 1899 (Entsch. des Reichsger. Bd. 45 S. 331 ff.) dem Adjudikationsurteile im Subhastationsverfahren den Charakter eines wirklichen Urteils abgesprochen, weil es einen bestehenden Rechtszustand ändert und einen neuen schafft, also ein konstitutiver Akt sei.

[5]) Vergl. aber besonders S. 21 ff.

[6]) Zu ersteren rechnet Kisch z. B. das Ehenichtigkeitsurteil und Anfechtungsurteil. Zu letzteren das Ausschlussurteil im Aufgebotverfahren.

Was nun das Urteil des § 1612 Abs. 1 anlangt, so liegt auch hier keine neue Urteilsart vor.

Während der Unterhaltsberechtigte einen Anspruch nur auf Geldrente hat, ist dem Verpflichteten die Möglichkeit eingeräumt, anstatt der Geldrente Unterhalt in anderer Art zu gewähren, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen. Seiner Konstruktion nach ist dies eine facultas alternativa.[1])

Entsteht über die Gewährung des Unterhalts Streit, so entscheidet natürlich das Prozessgericht, aber die Folgerung aus der Fassung des § 1612 Abs. 1, dass der Unterhaltspflichtige eine besondere obrigkeitliche Erlaubnis zu dieser Vergünstigung haben müsse, wie Kisch[2]) meint, ist doch wohl nicht zu ziehen. Diese Befugnis räumt ihm vielmehr das Gesetz ein, ohne dass es dazu eines Richterspruchs bedarf.[3])

Wird aber Klage erhoben mit dem Eventualantrage auf Naturalverpflegung und wird diesem stattgegeben, so ist dieses Urteil ein Leistungsurteil[4]), denn der Unterhaltspflichtige hat kraft Gesetzes einen Anspruch gegen den Berechtigten auf Einwilligung darein, dass er den Unterhalt in Naturalien verabfolgen dürfe. Der Verpflichtete hat also einen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung.[5])

Damit dürfte dieses Urteil als ein Urteil eigener Art aus der Behandlung ausscheiden. Die weitere Streitfrage aber, ob die Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung Leistungs- oder Gestaltungsklagen sind, gehört nicht in diesen Zusammenhang. Nur soviel möchte ich andeuten, dass man die darauf ergehenden Urteile doch wohl nicht

---

[1]) So auch Seckel in Festgabe für Koch S. 240 und Seuffert, Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess, Bd. 33 S. 387 ff.

[2]) a. a. O. S. 144.

[3]) So auch Seuffert a. a. O.; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 4 S. 232.

[4]) So auch Seuffert a. a. O.; a. M. Seckel a. a. O.

[5]) So auch Seckel a. a. O. S. 240.

deshalb für konstitutiv erklären kann, weil sie nur eine sachlich gleichartige Gestaltung wie die konstitutiven insofern äussern, als die rechtskräftige Verurteilung die Abgabe der Willenserklärung ersetzt. Es ist vielmehr nicht zu übersehen, dass der Prozessgegenstand beim konstitutiven und diesem Urteile ein ganz anderer ist, denn es ist ein grosser Unterschied, ob der Gesetzgeber dem Kläger ein Recht auf direkte Rechtsänderung gewährt oder ob der Beklagte kraft Gesetzes verpflichtet ist, eine Willenserklärung abzugeben.[1])[2])

Zudem aber ist doch wohl auch schon der Versuch einer derartigen Mehrgliederung nicht genügend begründet. Seuffert[3]) sagt sehr mit Recht,

> dass Distinktionen auf juristischem Gebiete nur dann einen Wert haben, wenn sie zu einer Verschiedenheit in der praktischen Behandlung der distinguierten Fälle führen oder doch wenigstens zu einer besseren Erkenntnis einer Rechtseinrichtung verwendbar sind.

Hier aber dürfte es kaum möglich sein, die versuchte Scheidung derartig zu verwerten und es sich deshalb empfehlen, bei der Dreiteilung der herrschenden Meinung stehen zu bleiben, da diese Gliederung einesteils notwendig, anderenteils ausreichend ist.

§ 2.

Der Begriff des konstitutiven Urteils.

Notwendige Voraussetzung des Ergehens eines Gestaltungsurteils ist immer ein Gestaltungsrecht. Dieses subjektive Recht auf Änderung der Rechtslage kann entweder ein materielles Recht sein, welches Zittelmann[4])

---

[1]) Näheres über diesen Unterschied unten S. 11 ff.

[2]) Wie hier für das Vorliegen von Leistungsurteilen: Hellwig, A. und K., S. 443 ff., und Lehrbuch, S. 48, auch Stein in Birkmeyers Enzyklopädie, S. 929; dagegen hält Langheineken u. a. die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung für konstitutiv.

[3]) a. a. O.

[4]) Internationales Privatrecht II S. 32.

und ihm folgend Hellwig „Recht des rechtlichen Könnens", Seckel[1]) „Gestaltungsrecht" nennt, oder ein prozessuales. Je nachdem das erstere oder das letztere Gegenstand eines Prozesses wird, unterscheidet man Klagen auf richterliche Änderung des materiellen Rechtszustandes und Klagen auf Änderung von Prozessmassnahmen.

Auf Grund solcher Rechte hat ihr Inhaber die Befugnis, durch die Betätigung seines Willens eine allgemein anzuerkennende Rechtswirkung zu veranlassen, entweder so, dass die einfache Willenserklärung ausreicht, diese Wirkung direkt herbeizuführen, oder so, dass es dazu noch eines Urteils bedarf. Gegenstand eines Rechtsstreites, durch welchen ein konstitutives Urteil begehrt wird, ist aber immer nur ein Gestaltungsrecht, dessen Inhalt dahin geht, dass die Abänderung des Rechtszustandes durch Richterspruch zu erfolgen hat.

Diese Gestaltungsrechte sind von dem Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B. scharf zu scheiden. Vielfach zeigt sich schon darin ein erheblicher Unterschied, dass es dem Gegner beim Vorliegen eines Gestaltungsrechtes gar nicht möglich sein wird, die Änderung, welche der Berechtigte begehrt, selbst herbeizuführen, aber selbst da, wo der Gegner dies an sich kann, treten die Unterschiede scharf hervor. Zum Belege dessen sei nur daran erinnert, dass, sobald ein Gestaltungsrecht vorliegt, niemals von Verzug oder Verjährung[2]) gesprochen werden kann. Immer aber ist der Anspruch ein Recht, gegen den Schuldner, das Gestaltungsrecht jedoch, welches zu einem konstitutiven Urteil führt, ein Recht gegen den Staat.

Spricht nun der Richter die erstrebte Änderung der Rechtssituation aus, so tritt mit der Rechtskraft des Urteils diese Änderung kraft der dem Staate eigenen Befehls- und Zwangsgewalt ein, ohne dass irgend welch weiteres Parteitun erforderlich wäre, und in dieser Erzeugung der Rechts-

[1]) a. a. O.

[2]) Als Ersatz dafür sind einige Gestaltungsrechte befristet„ z. B. das Recht die Ehe anzufechten (§§ 1338, 1339 B.G.B.).

lage liegt die eigentümliche Bedeutung des konstitutiven Urteils. Es beschränkt sich also nicht darauf, festzustellen oder einen Befehl zur Leistung zu erteilen, sondern wirkt auf die Rechtslage unmittelbar gestaltend ein und äussert dadurch eine Kraft, welche es über die Bedeutung der andern Urteile weit emporhebt.[1])

§ 3.

Die Bedeutung des Parteiwirkens beim konstitutiven Urteil.

Nach dem vorstehenden kann also das Recht, eine Änderung der Rechtssituation herbeizuführen, dadurch geltend gemacht werden,

1. dass der Berechtigte von dem Verpflichteten die Vornahme der dazu erforderlichen Handlung oder Abgabe der Willenserklärung kraft des ihm vom Gesetze darauf verliehenen Anspruchs gegen jenen verlangt, oder dass
2. auf Grund des dem Berechtigten zustehenden Gestaltungsrechtes entweder eine einseitige Willenserklärung des Berechtigten genügt, die beabsichtigte Wirkung herbeizuführen oder zu diesem Zwecke ein Urteil erforderlich ist.

In den unter 2 zuerst angeführten Fällen kann kein Zweifel darüber aufkommen, dass allein durch das Wirken des Berechtigten die Änderung herbeigeführt wird. Hinsichtlich der zuletzt gedachten aber herrscht ein lebhafter Streit, welche Bedeutung dem Parteiwirken dabei zuzuschreiben sei.

Sieht man in ihm mit Kohler[2]) das allein zivilrechtlich erhebliche Moment, so heisst das nichts anderes, als die Existenz des konstitutiven Urteils leugnen.

[1]) Im wesentlichen übereinstimmend: Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 2, 443 ff., Lehrbuch S. 47 ff., 232; Stein, Bindende Kraft, S. 14; Seckel a. a. O. S. 240 ff.; Langheineken S. 101; Kisch S. 45 ff.

[2]) In der Zeitschrift f. d. deutsch. Zivilprozess Bd. 33 S. 226.

Kohler führt aus:

> Das allein richtige am konkreten Rechtsschutzanspruch sei, dass die Rechtsverwirklichung, verbunden mit der Rechtsfeststellung, heute der durchgreifende Zweck der Prozesstätigkeit sei. Die vermeintlichen Rechtsgestaltungsklagen seien nichts anderes als Feststellungsklagen, die zu einem Parteiwirken hinzutreten in der Art, dass erst, wenn das Parteiwirken durch Urteil als berechtigt erklärt wird, es zum vollständigen Gedeihen gelange. Der Grund der Rechtsänderung sei das Parteiwirken und die Feststellung nur die notwendige Begleiterscheinung. Das sei sonnenklar in den Rechten, bei welchen zur Prozessfeststellung noch ein nachträgliches Handeln hinzukommen müsse, um die Klage zum Ziele zu führen. Sei dies nicht mehr der Fall, so besteht doch immer noch der Gedanke, dass es die Partei ist, welche durch ihre Kündigung die Ehe löst. Daraus ergebe sich auch die Folgerung: Ist die Ehe rechtskräftig gelöst, so bleibt sie gelöst, auch wenn auf dem Wege einer Restitutionsklage das Urteil als unrichtig dargetan wird.

Wäre diese Auffassung richtig, so wäre, um dies vorwegzunehmen, die Anwendung, welche Kohler davon auf unsern Fall macht, noch lange nicht zu billigen. Denn, ist durch das Restitutionsurteil festgestellt, dass der Ehescheidungskläger kein Scheidungsrecht hat, so kann dann seine Kündigung nicht eine Wirkung haben, die sie nie gehabt hat, denn eine Kündigung, die ohne Kündigungsrecht erfolgt, ist wirkungslos und bleibt wirkungslos.[1])

Indessen dürfte es überhaupt nicht richtig sein, mit diesem Begriffe beim konstitutiven Urteile zu operieren.

Zunächst entbehrt die Kohlersche Theorie im Wortlaute des Gesetzes ihrer Begründung schon deshalb, weil der Gesetzgeber sich bei den in Frage kommenden Urteilen

[1]) Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 1074.

nicht des Ausdrucks Kündigung bedient, sondern vielmehr eine andere Bezeichnung wählt, wie Scheidung, Auflösung, Entziehung usw. Aber noch mehr! Es fehlt nicht an Vorschriften, in denen richterliche Aufhebung und Kündigung der Parteien scharf auseinandergehalten werden, hierher gehört § 133 H.G.B., wo es heisst:

> Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft . . . . ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden.

Die Erklärung Kohlers[1]), dass diese Redewendung eine unglückliche sei, und Seckels[2]), dass sie eine Ungenauigkeit enthalte, dürfte nicht ausreichen, die Behauptung, dass die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung eben keine Kündigung ist, zu entkräften.

Aber nicht nur der Wortlaut des Gesetzes spricht klar für die hier vertretene Anschauung, sondern auch die juristische Logik.

Zunächst treten nämlich beim konstitutiven Urteile mehrfach Rechtsverhältnisse in die Erscheinung, welche dem Belieben der Parteien entzogen sind, z. B. die Ehe.

Ferner gehört hierher der unten näher behandelte Umstand, dass die Kündigung doch mit der Klageerhebung erfolgt und demgemäss auch damit die erstrebte Rechtswirkung eingetreten sein müsste, was jedoch durchaus nicht der Fall ist, vielmehr tritt diese Wirkung erst mit der Rechtskraft des Urteils ein.

Zum mindesten aber müsste doch, wenn das Urteil ergangen und rechtskräftig ist, der Klageerfolg auf die Kündigung, die Klageerhebung, zurückgeführt werden.

Dazu kommt noch ein Moment. Es liegt im Wesen der Kündigung, dass sie nur ex nunc, nicht aber ex tunc wirken kann, gibt es nun konstitutive Urteile aufhebender Natur, in denen die Entscheidung rückwirkende Kraft aus-

[1]) a. a. O.

[2]) Seckel a. a. O. S. 236 ff. Über die dort vertretene Theorie vergl. unten S. 15.

übt, so kann auch nicht eine Kündigung ihre wirkende Ursache sein.

Eine andere Theorie, besonders vertreten von Seckel[1]), bestreitet zwar nicht die gestaltende Kraft des Urteils, räumt ihm aber bei der Gestaltung nur die Rolle eines Teiltatbestandes ein, neben welchem gleichwertig das Parteiwirken steht. Nach dieser Lehre verbindet sich also Privatakt und Urteil zum „privatrechtlichen Doppeltatbestand der Gestaltung". Beides seien gleichwertige Mitursachen des Rechtserfolges.

Es ist nicht zu leugnen, dass diese Theorie manches für sich hat, doch dürfte diese Auffassung des Wesens der konstitutiven Urteile deshalb nicht zu billigen sein, weil sie das Wesen des Staatsaktes verkennt, welcher das in der Klage liegende Parteiwirken zurücktreten lässt. Ausserdem widerspricht sie dem Wortlaute des Gesetzes.[2])

Selbstverständlich kann der Rechtserfolg ohne Parteiwirken überhaupt nicht entstehen. Denn das Gestaltungsurteil kann nur auf Grund einer Klage ergehen. Diese aber ist nach der unsere Zivilprozessordnung beherrschenden Verhandlungsmaxime, wenigstens grundsätzlich, den Parteien anheimgestellt. Ja selbst dann, wenn der Prozess bereits anhängig ist, kann die Partei noch durch ihr Wirken das Urteil und damit die Gestaltung verhindern. Mag deshalb auch der Wille des Klägers die Bedingung für den Eintritt der Gestaltung sein, so ist sie es doch nur in der Weise, wie die Klageerhebung eine Bedingung der Entscheidung ist. Ihre Bedeutung liegt auf prozessualem, nicht auf zivilrechtlichem Gebiet.

Das zeigt sich klar eben darin, dass die Klage an sich nicht imstande ist, den von der Partei gewollten Erfolg herbeizuführen, denn durch ihre Erhebung ist die materielle Rechtslage noch durchaus unverändert. Demnach hat das Parteiwirken auf die materielle Rechtslage tatsächlich keinen

[1]) a. a. O. Seuffert a. a. O. u. a.

[2]) Vergl. im einzelnen unten S. 22.

Einfluss, diesen übt vielmehr das durch sie bedingte Urteil aus und zwar allein.

Demnach hat die Erhebung der Klage durch den Kläger beim konstitutiven Urteil nur die Bedeutung, dass in der Klageerhebung einmal die Erklärung liegt, das dem Kläger zustehende Gestaltungsrecht ausüben zu wollen, zum andern aber das Verlangen an den Richter dieses Recht zu realisieren, indem er die Gestaltung vollzieht.

Daraus ergibt sich als weitere Folge, dass, wenn dieses Recht nicht darauf hinzielt vom Gegner eine Mitwirkung bei der Gestaltung zu verlangen, das ergehende Urteil auch kein Leistungsurteil sein kann.

Da ferner der Klageerhebung eine materiell rechtliche Bedeutung nicht gegeben ist, sie eine Änderung der materiellen Rechtslage nicht bewirkt, kann ein darauf ergehendes Urteil auch nicht den Inhalt haben, den Rechtszustand als vorhanden festzustellen.[1])

§ 4.

Das konstitutive Urteil in seiner Stellung zum reinen Feststellungs- und Leistungsurteil.

Während die reinen Feststellungsurteile sich darauf beschränken, ein konkretes Rechtsverhältnis als bestehend oder nicht bestehend zu erklären, dient das konstitutive Urteil im Gegenteil gerade dazu, die bestehende Rechtslage zu ändern. Mit der rein ideellen Feststellung der Rechtslage durch autoritativen Ausspruch begnügt sich das Feststellungsurteil, wenn es auch natürlich nicht dieser ideellen Feststellung wegen begehrt wird, sondern vielmehr deshalb, weil es, unantastbares Recht schaffend, dadurch hohe praktische Bedeutung gewinnt.

Zwar hat das konstitutive Urteil ebenfalls feststellenden Inhalt, es konstatiert nämlich das Vorhandensein des Ge-

[1]) Kisch a. a. O. S. 68 ff. Im wesentlichen auch so: Hellwig, A u. K., S. 467 ff.

staltungsrechts des Klägers zur Zeit der Verhandlung. Indessen sind derartige Feststellungen nichts weiter als Prüfungen des Vorhandenseins der Voraussetzungen für den Erlass des Urteils: es sind dies die Elemente im Sinne der Savignyschen Lehre. Nicht sie sind es, über welche die richterliche Entscheidung begehrt wird, sondern sie bilden nur die Vorbedingungen, von deren Vorhandensein der Erlass des Urteils, der Gestaltungsakt, abhängig ist. Sind diese Vorbedingungen nicht vorhanden, und ist also das Gestaltungsrecht verneint, so liegt ein reines Feststellungsurteil vor, welches indessen keine rechtskraftsfähige Entscheidung in bezug auf das fragliche Rechtsverhältnis in sich schliesst.

Weiterhin kann man einen feststellenden Inhalt des konstitutiven Urteils darin erblicken, dass es den von ihm erzeugten Rechtszustand für die Zukunft als unantastbar deklariert. Diese Feststellung ist indessen identisch mit der sogenannten materiellen Rechtskraft. Während also die materielle Rechtskraft ihre Bedeutung für den Rechtszustand nach dem Erlass des Urteils äussert, ist für die Feststellung im eigentlichen Sinne das Verhältnis der durch das Urteil geschaffenen Rechtslage zu der vor ihm vorhandenen massgebend und gerade in diesem Verhältnis äussert sich der Unterschied zwischen den konstitutiven und deklarativen Erkenntnissen, während die materielle Rechtskraft bei allen Urteilen von gleicher Beschaffenheit ist.

Auch vom Leistungsurteil dürften die dargetanen Abweichungen gelten. Ja die Gegensätze sind hier noch schärfer geprägt. Während Gegenstand der Gestaltungsklage ein Gestaltungsrecht ist, kann Gegenstand einer Klage auf Leistung immer nur ein Anspruch im Sinne des bürgerlichen Rechtes sein, welcher aber immer gegen den Verpflichteten gerichtet ist und darin besteht, von ihm ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Erst auf Grund der Verurteilung wird der Kläger in den Stand versetzt, sein Recht gegen den Staat auf Realisierung seines Anspruchs

gegen den Verpflichteten durch die staatlichen Vollstreckungsorgane durchzuführen.

Ganz anders das konstitutive Urteil! Da dieses die erstrebte Änderung der Rechtslage aus eigener Kraft vollzieht, enthält es den Vollstreckungsakt schon in sich. Während also bei diesen mit der Rechtskraft der Entscheidung das Ziel des Klägers erreicht ist, erlangt beim Leistungsurteil der siegreiche Kläger nicht mehr als das Recht, die Vollstreckung zu betreiben.

Demnach stellt sich also das Leistungsurteil nur als ein Mittel zur Erreichung des endgültigen Zieles dar, welchem gegebenenfalls der Vollstreckungsakt nachfolgen muss. Demgegenüber liegt das unterscheidende Merkmal des konstitutiven Urteils darin, dass es diesen erübrigt, vielmehr sich selbst vollstreckt.[1])

§ 5.

Konstitutive Urteile im römischen Recht.

Wird auch, wie Seite 6 hervorgehoben, das römische Klagensystem grundsätzlich von der Rechtsschutzform des Leistungsurteils beherrscht, so sind doch auch im römischen Rechte im Grunde schon alle drei Klagetypen enthalten, denn die Kategorie der Feststellungsklagen findet in den „actiones praejudiciales", die der konstitutiven in der „in integrum restitutio" und der „querela inofficiosi testamenti" ihre Repräsentantinnen.

Vergegenwärtigt man sich, wie allmählich erst die konstitutiven Urteile Anerkennung gefunden haben, so wird es nicht wundernehmen, dass beide Rechtsakte durchaus nicht immer als konstitutive aufgefasst worden sind. Sie fallen aber weder unter die Kategorie der Leistungs-, noch unter die der Feststellungsklagen; und zwar können sie unter die erstere deshalb nicht fallen, weil ihr Gegenstand alsdann ein „Anspruch" sein müsste. An sich wäre es sehr wohl

[1]) Hellwig, A. u. K., S. 401, 198; Lehrbuch S. 45 ff.; Kisch S. 76; Langheineken S. 82, 127, 194, 220 ff.

möglich, dass das Recht dem Benachteiligten in den Fällen, in denen die integrum restitutio praktisch wird, gegen den Begünstigten einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes verleiht; dann könnte zwar die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Richterspruch erzwungen werden, erfolgte aber nicht durch Richterspruch sondern Privattätigkeit. Tatsächlich aber erfolgt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach stattgehabter Prüfung jedes einzelnen Falles durch den Prätor.[1]) In der Literatur wird der in integrum restitutio ebenso wie der querela inofficiosi testamenti überwiegend rein feststellender Charakter beigelegt, aber zu Unrecht. Schon der Umstand spricht gegen diese Auffassung, dass alsdann eine erfolgreiche Klage auf blosse Feststellung der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes und die in integrum restitutio ganz gleichen Erfolg haben würden. In Wirklichkeit aber ist die Sachlage in beiden Fällen ganz verschieden. Denn während das nichtige Rechtsgeschäft überhaupt unfähig ist, rechtlich relevante Wirkungen zu erzeugen, sind der in integrum restitutio juristische Tatsachen unterworfen, welche eingetreten sind und volle Gültigkeit beanspruchen können. Erst die in integrum restitutio nimmt ihnen diese Wirksamkeit. Mit Recht hebt deshalb Windscheid[2]) hervor, dass das Wesen der Wiedereinsetzung darin besteht, „dass einer juristischen Tatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird."

Das gleiche gilt von der querela inofficiosi testamenti, und man kann sich mit Windscheid[3]) vollkommen einverstanden erklären, wenn er sagt, sie sei eine „Anrufung des Gerichtes zu dem Ende, dass es eine eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufhebe", denn anders wie bei der Erbschaftsklage, bei welcher der Kläger auf Grund der Anerkennung seines Erbrechtes Herausgabe der ihm zukommenden Nachlassgegenstände vom Beklagten fordert,

[1]) Vergl. D. 4, 1, 3.
[2]) Pand. Bd. 1 § 114.
[3]) Pand. Bd. 1 S. 537 Anm. 1.

verlangt der Pflichtteilsberechtigte mit der querela die rescissio des Testamentes zum Betrage seiner Intestatportion vom Richter. Hier verlangt er keine Leistung vom Gegner, sondern einen Richterspruch, denn ein solcher ist erforderlich um das Testament umzustossen. Sein Begehren ist, wie Dernburg[1]) scharf hervorhebt, „Begründung eines Rechtszustandes wie er sein soll". Dass aber Privattätigkeit dazu nicht ausreicht, sondern der Pflichtteilsberechtigte ein Urteil erwirken muss, geht deutlich aus D. 5, 2, 8, 16; 5, 2, 17 pr.; C. 3, 28, 22 u. v. a. hervor.[2]) [3])

§ 6.

Das Ehescheidungs- und Restitutionsurteil.

Wie schon Seite 11 hervorgehoben, kann man bei den Gestaltungsklagen zwei Gruppen unterscheiden, nämlich Klagen auf richterliche Änderung der materiellen Rechtslage und solche auf Änderung von Prozessmassnahmen, je nachdem ihr Gegenstand ein materielles oder prozessuales Gestaltungsrecht ist.

Der ersteren Gruppe, welche die bei weitem umfassendere ist, und an welche man in der Regel zunächst denkt, wenn man von Gestaltungsklagen spricht, gehört die Ehescheidungsklage an. Sie ist denn auch tatsächlich weder eine Leistungs- noch eine reine Feststellungsklage.

An sich ist es allerdings möglich, dass sich die Klage auf eine Rechtsverletzung gründet, und dass dadurch ein

[1]) Pand. Bd. III S. 288.

[2]) So auch: Windscheid, Pand. Bd. III S. 369 Anm. 7, zum Teil auch Arndts (Pand. S. 1069, 1076), welcher zwar grundsätzlich bei der querela des Noterben die Erbeinsetzungen durch einfache Erklärung für beseitigt hält, bei der querela der Geschwister aber die Reszission des Testamentes durch richterliches Urteil fordert.

[3]) Wie hier: Hellwig, Lehrbuch, S. 58; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 117; Langheineken S. 241, 229, 266, 112; a. M. z. B. Hölder, Pand. S. 306; derselbe in Zeitschr. für den deutschen Zivilprozess Bd. 29 S. 69; v. Wilmowski-Levy, Komm. I § 231 Note 5, 6; Wächter, Pand. II S. 845.

Anspruch des verletzten Ehegatten gegen den Verletzenden auf Ausgleichung der Verletzung durch Duldung der Scheidung oder ein Anspruch auf Mitwirkung zwecks Erlangung des Urteils entstanden ist.[1]) Tatsächlich aber ist doch ein solches gegnerisches Wirken nach unserem Rechte irrelevant.

Da es nun aber dem anderen Ehegatten nicht möglich ist, diese Rechtsänderung herbeizuführen, kann, da „impossibilium nulla obligatio est", von einem Anspruch im Sinne des B.G.B. gar keine Rede sein.

Auch ein reines Feststellungsurteil liegt nicht vor, trotzdem es in der Literatur meistens unter diese Urteilsart gezählt wird. Ausdrücklich hervorgehoben sei Kohler[2]), welcher diese Meinung mit besonderer Energie verficht. Nach ihm ist es nur ein Schein, dass das Urteil auf eine Änderung des Rechtszustandes hinsteuert, denn

> das Wesen des Ehescheidungsverfahrens bestehe darin, dass das Vorhandensein eines Ehescheidungsgrundes und damit das Vorhandensein des Rechtes zur Ehescheidung festgesetzt werde. Dies komme im code civil noch zum besonderen Ausdruck. Das Ehescheidungsurteil scheidet die Ehe noch nicht, sie wird erst geschieden durch den dem Urteil entsprechenden Eintrag ins Standesbuch. Das Urteil setze nur fest, dass der betreffende Teil das Recht der Scheidung hat. Derselbe kann hier noch nach dem Urteil auf dieses Recht verzichten und die Ehe bleibt bestehen. Aber auch da, wo der Effekt der Ehetrennung unmittelbar an das Urteil geknüpft wird, sei die Sache nicht anders. In diesen Fällen tritt allerdings zugleich mit dem Urteil eine Änderung des Rechtszustandes ein, aber sie träte nicht ein durch das Urteil, sondern durch den von seiten des

[1]) So Schmidt, Lehrbuch, S. 141.

[2]) Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess Bd. 33 S. 226; Forschungen S. 103.

Klägers geäusserten und bis zum Urteil durchgeführten Trennungswillen. Die Ehescheidungsklage habe also einen doppelten Charakter: Sie haben den Charakter der prozessualen Feststellungsklage und den Charakter der zivilistischen Trennungserklärung.

Was nun Kohlers Ausführungen in betreff des Scheidungsverfahrens im code civil anlangt, so wird man sich mit ihnen vollständig einverstanden erklären können. Dort hat das Urteil tatsächlich nur das Vorhandensein des Scheidungsrechtes festzustellen, dessen Verwirklichung alsdann durch den weiteren Akt der Eintragung in das Standesbuch erreicht wird. Im deutschen Rechte jedoch hat der Gesetzgeber diese Materie in der Weise geregelt, dass der Richter nicht nur das Scheidungsrecht feststellt, sondern es auch realisiert.

Was nun die Bedeutung der zivilistischen Trennungserklärung anlangt, so brauche ich hier darauf nicht mehr näher einzugehen, sondern verweise auf das Seite 13 ff. Gesagte.

Der konstitutive Charakter des Scheidungsurteils ergibt sich aber ausserdem klar:

1. aus dem Wortlaut des Gesetzes, denn § 1564 Abs. 2 (B.G.B.) sagt ausdrücklich: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil";
2. aus seinen rechtlichen Konsequenzen, denn nach § 1564 S. 3 B.G.B. tritt die Auflösung der Ehe sowie die sonstigen damit verbundenen Wirkungen mit der Rechtskraft des Urteils ein.

Die konstitutive Natur bestätigen auch die Materialien.[1])

In dem eben behandelten Falle wird also mit der Klage die Realisierung eines materiellen Rechtes auf Änderung eines Privatrechtsverhältnisses erstrebt.

[1]) Wie hier auch Hellwig, A. und K., S. 466/8; Langheineken S. 234; Kisch S. 82; Gaupp-Stein I S. 530; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie S. 929 ff.

Bei der zweiten Gruppe dieser Urteilsart wird das Gericht zwecks Andersgestaltung von Prozessmassnahmen tätig, es sind die Fälle, in denen Stein[1]) mit Recht von einem „Prozessprozess“ im Gegensatz zum Privatrechtsprozess spricht.

Schon dem Rechte der Germanen war diese Prozessart nicht unbekannt, denn das von den Rachimburgen vorgeschlagene Urteil kann von den Parteien gestossen werden.

Ihre Eigentümlichkeit liegt darin, dass, wenn auch ihr Ziel die Wahrung zivilrechtlicher Interessen ist, nicht ein materielles Recht den Gegenstand der Aburteilung bildet, sondern ein prozessuales, welches Hellwig[2]) im Anschluss an § 1407 No. 4 B.G.B. zutreffend Widerspruchsrecht nennt. Es ist ein Widerspruchsrecht gegen Prozessmassnahmen, durch welche die eine der Parteien beschwert wird. Meistens werden solche Rechte durch die Rechtsmittel i. e. S. verwirklicht, und nur wenige Fälle sind es, in denen ein besonderes Klageverfahren angeordnet ist.

Zu ihnen gehört das Urteil, durch welches der Restitutionsklage stattgegeben wird. Allerdings kann dieses Urteil sowohl eine Verurteilung zu einer Leistung als auch eine reine Feststellung i. e. S. enthalten. Dies hindert indessen nicht, dass mit ihm konstitutive Elemente essentiell verbunden sind. Es zerfällt nämlich seiner juristischen Konstruktion nach in das judicium rescindens und das judicium rescissorium. Zwar kann die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolgen. In diesem Falle ist jedoch die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme anzusehen (§ 590 Abs. 2 Z.P.O.), so dass also die rechtliche Einheit des Urteils durch eine Zerteilung des Verfahrens als solches nicht in Frage gestellt wird.

---

[1]) Bindende Kraft S. 15.

[2]) Lehrbuch S. 396; A. und K. S. 486.

In dem judicium rescissorium findet eine neue Entscheidung über das in der ursprünglichen Klage geltend gemachte Begehren statt. Diese kann nun in der Weise ergehen, dass entweder der ursprünglichen Klage stattgegeben oder sie, wie in unserem Falle, abgewiesen wird. Während im ersteren Falle naturgemäss jede Rechtsschutzform in die Erscheinung treten kann, ist die Klageabweisung deshalb stets reine Deklaration, weil sie lediglich das Nichtbestehen des mit der ursprünglichen Klage verfolgten materiellen Rechtes, also in unserem Falle das Nichtbestehen des Scheidungsrechtes, feststellt.

Diesem judicium rescissorium geht aber das judicium rescindens voraus, in welchem das prozessuale Widerspruchsrecht des Restitutionsklägers, sein Recht auf Erlass einer aufhebenden Entscheidung, festgestellt wird. Gleichzeitig aber wird dieses Recht verwirklicht, indem das Ersturteil aufgehoben wird, und hierin liegt die konstitutive Natur des Urteils begründet.

Allerdings liegt im Ersturteil eine Entscheidung vor, welche durch eine der wahren Sachlage nicht entsprechende Urteilsgrundlage veranlasst, unrichtig, trotzdem aber durchaus nicht nichtig ist. Denn mit ihrer Rechtskraft, welche sie wie jedes andere Urteil erlangt, findet sie uneingeschränkte Anerkennung und niemand darf sich auf ihre Mängel berufen, sondern sie bildet eine massgebende Norm dergestalt, dass jeder Versuch, die Richtigkeit in Frage zu stellen, erfolglos ist.[1]) Soll diese Wirkung aufhören, so ist ein neuer weiterer staatlicher Akt nötig, welcher die Änderung der den Kläger beschwerenden Rechtslage vollzieht.

Damit dürfte nachgewiesen sein, dass das der Restitutionsklage stattgebende Urteil verurteilenden, feststellenden

[1]) Diese Wirksamkeit trotz unrichtiger Grundlagen ist aber keine nur den konstitutiven Urteilen zukommende Eigentümlichkeit, sondern sie ist eine Folge der Rechtskraft, wie sie sich ebenso bei den übrigen Urteilsarten findet.

und konstitutiven Charakter haben kann, soweit es positiv ist, dass ihm aber durch die Aufhebung des Ersturteils in allen Fällen der Gestaltungscharakter wesentlich, und es insoweit also unter die konstitutiven Urteile zu rechnen ist.[1])

C.

II. Teil.

Die Rückwirkung beim deklarativen und konstitutiven Urteil.

§ 7.

Die Rückwirkung bei der Rechtsdeklaration.

Aus der dem konstitutiven Urteile eigentümlichen Gestaltung der Rechtslage im Gegensatz zur blossen Deklaration der Feststellungsurteile folgt, dass das konstitutive Urteil naturgemäss ex nunc wirkt, denn es entspricht der Natur der Sache, dass der rechtliche Zustand, welchen das Urteil hervorgebracht hat, erst von dieser Zeit ab als vorhanden betrachtet wird. So erfolgt die Eheauflösung erst mit der Rechtskraft des Urteils, und nicht wird sie auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Aufhebung der bisherigen Rechtssituation die eingetretenen Ereignisse nicht ungeschehen machen kann. Wie aber auf dem Gebiete des Privatrechtes durch ein Rechtsgeschäft ein früheres aufgehoben und damit zwar nicht das Geschehnis als solches, wohl aber als rechtlich relevantes Moment aufgehoben werden kann, so ist es auch hier möglich, der früheren Rechtssituation die juristische Kraft zu nehmen und sie in ihrer

[1]) So auch: Hellwig, A. u. K., S. 487; Lehrbuch S. 397; Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 838; Langheineken S. 259; Kisch S. 182; a. M. z. B. Schmidt, Lehrbuch, S. 142.

Gesamtheit aufzuheben. Mit dieser Aufhebung kommen alsdann notwendig die Wirkungen des aufgehobenen Urteils, mindestens was die Zukunft anlangt, in Wegfall.[1])

Aber es fehlt keineswegs an Beispielen, in denen die Aufhebung mit rückwirkender Kraft stattfindet, und diese Rückwirkung ist es vor allem, welche den Anlass zur Verkennung dieser Urteilsart bildet und zur Verwechslung von Gestaltung mit rückwirkender Kraft und Rechtsdeklaration geführt hat.[2])

An sich erscheint, wenn man diese beiden Institute ihrem Wesen nach betrachtet, eine Verwechslung unverständlich, aber ein Umstand ist es, welcher dieselbe erklärlich macht, es ist die Art und Weise, mit welcher unsere grossen Lehrmeister des Altertums die Rechtsdeklaration behandelt haben.

In ihr hat das römische Recht ein Institut geschaffen, welches einheitliche Regelung erhalten hat.[3])

Eine Bestimmung des Begriffes enthalten mehrere Quellenstellen. Hervorgehoben sei eine von Marcianus[4]), in welcher er sagt:

> quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur et apparet, quid actum est;

ferner von Paulus[5])

> et utique cujus fuerit, eventus declaret sitque et hoc ex his, quae post factis, in praeteritum quid fuerit, declarent.

Diese beiden Stellen dürften genügen darzutun, dass hier Fälle in Frage stehen, bei denen durch ein späteres Moment die wirkliche Natur eines früheren Rechtszustandes geklärt wird. Tatsächlich haben sich nun die römischen Juristen so die Rückwirkung beim deklarativen Akt in

[1]) Kisch S. 170 ff.

[2]) So Planck in bezug auf den zugrunde gelegten Fall.

[3]) So mit Recht Fitting, „Über den Begriff der Rückziehung“ S. 15 ff.

[4]) D. 34, 5, 15 (16).

[5]) D. 46, 3, 98, 3.

allen Fällen gedacht. Zur Bestätigung seien einige Beispiele angeführt.

Das erste wird uns im peculium castrense geboten. Zu den Gütern, welche ein Haussohn in seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt, nimmt er die Stellung eines pater familias ein.[1]) Er verwaltet das peculium frei und kann darüber auch testamentarisch wie ein pater familias verfügen.[2])[3]) Stirbt er demnach mit Hinterlassung eines gültigen Testamentes, so ist das peculium castrense hereditas des Haussohnes. Stirbt er aber, ohne von dieser Befugnis Gebrauch gemacht zu haben, oder wird die Erbschaft aus dem Testament nicht angetreten, so wird nach dem corpus juris die Sachlage derart betrachtet, als wäre es ein gewöhnliches peculium gewesen und rückwärts als zum Vermögen des Vaters gehörig aufgefasst:

> Sed cum nihil de peculiis decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur . . . Quibus ita praemissis et in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse.[4])

Dieser Gedanke zeigt sich auch darin, dass, wenn der Vater über das peculium castrense im voraus in der Erwartung, der Sohn werde von seiner Befugnis keinen Gebrauch machen, oder die Erbschaft aus dem Testament des Sohnes werde nicht angetreten werden, Verfügungen trifft. diese dann zu Recht bestehen bleiben, wenn die Erwartungen des pater familias zutreffen.[5])

Die Rechtslage ist mithin auch hier die, dass ein Zustand der Ungewissheit solange vorlag, bis der Haussohn gestorben bezw. die Erbschaft angetreten war. Erst durch

[1]) D. 14, 6, 1, 3; D. 49, 17, 15, 3; D. 14, 6, 2.

[2]) J. 2, 12 pr.

[3]) Von dieser Befugnis hat das freie Verfügungsrecht des filiusfamilias miles übrigens seinen Ausgang genommen; vergl. Windscheid-Kipp, Pand. III S. 66 Anm. 1a.

[4]) D. 49, 17, 9.

[5]) D. 49, 17, 19, 3; D. 49, 17, 18, 1.

diese Umstände wird die wahre Natur des bisherigen Rechtszustandes klargestellt, und es offenbar, dass das peculium immer im Eigentume des Sohnes bezw. Vaters gestanden hat. Andrerseits, und diese Modifikation ist für den dritten Teil dieser Arbeit besonders interessant, ist diese Rückziehung keine so uneingeschränkte, dass die vom Sohne etwa inter vivos getroffenen Verfügungen dadurch in Frage gestellt würden, dass sich nachträglich das Vermögen des Sohnes als Teil des väterlichen herausstellte. Seine Verfügungen bleiben vielmehr in vollem Umfange bestehen. Allerdings tritt dies wohl nur hinsichtlich eines vom Sohne freigelassenen Sklaven hervor, denn die anderen Wirkungen dürften doch wohl auch bei einem gewöhnlichen peculium mit unbeschränkter Verwaltungsbefugnis anzunehmen sein. Zwar hat die ältere römische Jurisprudenz die Patronatsrechte über einen solchen Sklaven noch dem Vater gegeben[1]), nach dem Rechte der späteren Zeit erwirbt aber nicht mehr der Vater, sondern der Sohn die Patronatsrechte, und dies auch dann, wenn sein peculium rückwärts als Vermögen des Vaters aufgefasst wurde. Denn hatte der Sohn einen Sklaven, welcher zum peculium castrense gehörte, freigelassen, so hielt man ihn nicht nachträglich für einen Freigelassenen des Vaters, sondern er galt nach wie vor als Freigelassener des Sohnes. Obwohl dies nicht besonders in den Quellen auspesprochen worden ist, so darf man doch wohl mit Fitting[2]) annehmen, dass in der zahlreichen Hervorhebung des Gedankens, dass dem Sohne, nicht dem Vater, die Patronatsrechte zukommen einerseits und in dem Schweigen in betreff dieses Falles andrerseits, eben in diesem Schweigen der Beweis dafür zu sehen ist.

Ein weiteres Beispiel für die Rechtsdeklaration gibt uns die impetratio dominii. Findet sich für die gepfändete Sache kein Käufer, und ist eine nochmalige Mahnung des

[1]) D. 38, 2, 22.
[2]) a. a. O. S. 13.

Schuldners erfolglos, so kann der Gläubiger den Zuschlag der Sache erbitten und erhält mit ihm das Eigentum daran. Der Schuldner behält indessen biennium luitionis ein Einlösungsrecht[1]), welches, wenn er es gebraucht, die Wirkung hat, dass die Rechtslage so angesehen wird, als sei der Pfandgläubiger niemals Eigentümer gewesen.[2])

Ferner: Durch das legatum per vindicationem erwirbt der Bedachte ipso jure Eigentum. Schlägt nun aber der Bedachte das Vermächtnis aus, so wird die Sachlage für derartig gehalten, als sei er gar nicht bedacht worden, die Sache vielmehr immer im Eigentum des Erben gewesen.[3]) Bestätigt wird diese Anschauung noch durch die Zusammenstellung des Legates mit dem peculium castrense.[4]) Also überall die gleiche Rechtsfigur: Durch den Eintritt eines späteren Umstandes wird die wahre Sachlage „rückwärts" aufgeklärt.

Von weiteren Beispielen möge hier nur noch eins angeführt sein, welches durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen ist und gerade dadurch für den zugrunde liegenden Fall besonders interessant wird. Es ist das jus postliminii. Durch die Gefangennahme verliert der römische Bürger seine politische und bürgerliche Stellung.[5]) Kehrte er aber aus der Gefangenschaft zurück, so trat er in die rechtliche Stellung, welche er vor seiner Gefangenschaft innegehabt hatte, wieder ein und zwar nicht nur von der Zeit der Rückkehr ab, sondern die römische Jurisprudenz nimmt vielmehr an, dass er seine Rechte nie verloren habe. Diese Anschauung bringen die Quellen deutlich zum Ausdruck, wenn sie sagen:

> Postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset.[6])

---

[1]) C. 8, 34, 3, 3b und 3c.
[2]) D. 41, 1, 63, 4.
[3]) D. 30, 86, 2.
[4]) D. 30, 44, pr. u. 1.
[5]) D. 49, 15, 24 und 21, 1; C. 8, 51, 6 u. v. a.
[6]) D. 49, 15, 5, 1.

Ferner:

> Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.[1])

Auch die Institutionen[2]) äussern sich dahin:

> Idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium finget eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.

Demgemäss wird also nachträglich durch die Rückkehr[3]) des Gefangenen klargestellt, dass er immer römischer Bürger gewesen ist. Die rechtliche Stellung seiner Kinder z. B. war zwar bis dahin ungewiss, durch die Rückkehr des Vaters aber ergibt sich, dass sie immer in seiner Gewalt gestanden haben.[4]) Nicht unerwähnt möge bleiben, dass von dem römischen Juristen bei der Behandlung des peculiam castrense vielfach auf das jus postliminii verwiesen wird.[5]), eine Tatsache, welche für uns deshalb von Bedeutung ist, weil sie uns zu der Annahme führt, dass das jus postliminii bei der Gestaltung der Regeln über das peculium castrense vorbildlich gewesen ist, worin dann wiederum eine Bestätigung der Auffassung der Rückwirkung bei der Rechtsdeklaration als eines allgemeinen Begriffes läge, sodass also die Übertragung der Regeln, welche für den einen Fall ausgesprochen sind, auf andere Fälle sich sehr wohl rechtfertigt.

Deshalb sagt Fitting[6]), dass die Rückwirkung bei der Rechtsdeklaration

> überall als Beseitigung einer Ungewissheit durch die Gestaltung eines späteren Umstandes erscheint. Deshalb ist in allen Fällen der entscheidende Umstand juristisch nicht das Erzeugende, dessen Erzeugnis

[1]) D. 49, 15, 16.

[2]) 1, 12, 5.

[3]) Entsprechendes gilt gemäss der fictio legis Corneliae für den Fall des Todes in der Gefangenschaft.

[4]) D. 49, 15, 22, 2.

[5]) Z. B. D. 49, 17, 9; D. 49, 17, 19, 3; D. 35, 2, 18.

[6]) a. a. O. S. 118.

gleichsam durch Zauberkraft sein Dasein bereits in die Vergangenheit erstreckt, sondern das Bezeugende, das uns über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluss gibt,

und damit dürfte Fitting den wahren Kern aus der Umhüllung, welche das römische Recht diesem Institute durch die Verwendung der „Fiktion“[1]) gegeben hat, herausgeschält haben, und es klar sein, dass das durch die Rechtsdeklaration festgestellte Moment in Wahrheit nicht erst durch die Deklaration hervorgebracht worden ist, sondern ohne Zusammenhang mit ihr entstanden war und bis zur Feststellung fortbestanden hat, denn etwas, was als vorhanden festgestellt wird, muss eben schon vor dieser Feststellung bestanden haben.

Steht demnach ein deklaratives Urteil in Frage, so tritt die Rückwirkung nicht ein als eine dem Urteil innewohnende Kraft, sondern sie besteht unabhängig von ihm als Produkt des materiellen Rechtes.[2])

Wenn aber Planck u. a. in dem der Restitutionsklage stattgebenden Urteile ein reines Feststellungsurteil sieht und diese Deklaration im Sinne des römischen Rechtes auf den zugrunde liegenden Fall zur Anwendung bringen will, so musste er auch zu dem Ergebnis kommen, dass durch dieses Urteil festgestellt würde, die Scheidung sei nicht gültig erfolgt, vielmehr entbehre das Scheidungsurteil jeder Rechtswirksamkeit. Nunmehr sei klargestellt, dass zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe die erste noch zu recht bestand, dass also die zweite nach § 1326 B.G.B. nichtig sei, und damit sei dem Scheine, dass vor der Deklaration die erste Ehe aufgelöst und die zweite eine gültige Ehe sei, ein Ende gemacht.

Mag nun diese Auffassung in ihrer Gesamtheit dem Geiste des römischen Rechtes entsprechen, so ist doch die

[1]) Vergl. aber S. 46 ff.

[2]) Wie hier z. B. auch Fitting a. a. O.; Kisch S. 77.

Konsequenz, den Zwischenzustand als einen Schein aufzufassen, gerade auf dem Gebiete des persönlichen Eherechtes sehr bedenklich und tatsächlich ist denn auch diesem Gesichtspunkte von den Römern Rechnung getragen worden[1]), weshalb sie den Schein, die Ungewissheit, in derartigen Fällen hoben und die Rechtslage bestimmt entscheidend regelten. Praktisch ist dies bei den durch das jus postliminii gegebenen Fällen geworden. Nach der regelmässigen Wirkung besteht in der Zeit zwischen der Gefangennahme und der Rückkehr ein Zustand der Ungewissheit, demzufolge es hätte zweifelhaft sein müssen, ob eine etwaige Ehe des Gefangenen in der Zwischenzeit bestünde oder nicht bestünde. Da es fernerhin in der Zwischenzeit ungewiss war, ob ein zurückgebliebener Sohn filiusfamilias oder paterfamilias[2]) war, hätte der Zurückgebliebene aus Mangel des väterlichen Konsenses eine Ehe nicht eingehen können. Tatsächlich haben nun aber die Römer die Ehe den Wirkungen des jus postliminii entzogen, indem sie bestimmten, dass durch die Gefangennahme eines Ehegatten seine Ehe aufgelöst würde.[3]) Ist nun die Ehe einmal captivitate aufgelöst, so bleibt sie es auch. Denn kehrt der gefangene Ehegatte zurück, so lebt die Ehe mit dem zurückgebliebenen Gatten keineswegs von selbst wieder auf, sondern, wollen die Ehegatten wieder ehelich miteinander leben, so bedarf es dazu ihres erneuten Konsenses. Es ist dies dann nicht eine Fortsetzung der alten, sondern vielmehr eine neue Ehe.[4]) Dieses ergibt sich deutlich u. a. aus D. 23, 2, 45, 6, denn diese Stelle bringt doch klar zum Ausdruck, dass die Ehe eben gerade nur bei der liberta als fortbestehend an-

[1]) So auch Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 118.

[2]) Vergl. S. 61 ff.

[3]) D. 24, 2, 1. Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate.

[4]) So auch Bechmann: Das jus postliminii S. 45; Hase: Das jus postliminii S. 86; a. M. Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang 1904, S. 1076.

genommen wird, dass aber in allen anderen Fällen eine Fortdauer nicht anzunehmen sei.[1])

Auch hinsichtlich des zweiten Falles haben die Römer jegliche Ungewissheit gehoben, indem der zurückgebliebene Sohn im Hinblick auf die Eingehung einer Ehe als pater familias behandelt wurde, mochte sich auch später herausstellen, dass er immer filius familias gewesen war.[2])

Demnach ist also die Ehe im römischen Rechte den Wirkungen des jus postliminii entrückt. Mag auch sonst das jus postliminii ein Beispiel für die Rechtsdeklaration sein, sofern es das Eherecht betrifft, verliert es diesen Charakter, indem an Stelle des Scheines objektive Gewissheit tritt.

Verlangt aber schon das römische Recht mit seiner laxen Auffassung von der Ehe objektive Gewissheit, wievielmehr das heutige Eherecht, nachdem es den Läuterungsprozess des kanonischen durchgemacht hat.

§ 8.

Die Rückwirkung beim konstitutiven Urteil.

War es, wie Seite 26 hervorgehoben, die rückwirkende Kraft konstitutiver Urteile, welche zur Verwechslung dieser mit der blossen Rechtsdeklaration führte, so ist es eine weitere Konsequenz dieser Auffassung in allen Fällen, in denen das Urteil ex tunc wirkt, seine konstitutive Natur zu leugnen.[3]) Einige aber, z. B. Kohler[4]), gehen soweit, zu sagen, dass die ganze Lehre vom konstitutiven Urteil an der Rückwirkung scheitere, denn,

> wenn das Urteil den neuen Rechtszustand schafft, wie kann es dann in die Vergangenheit wirken?

---

[1]) So auch Bechmann a. a. O. S. 46.

[2]) D. 49, 15, 12, 3; D. 23, 2, 11; D. 23, 2, 9.

[3]) So stellt Hölder (Das Recht 1900 S. 161) die konstitutive Natur des Urteils, durch welches eine übermässig hohe Vertragsstrafe herabgesetzt wird, wegen der ex tunc Wirkung in Abrede. Vergl. unten S. 40 ff.

[4]) Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess, Bd. 29 S. 20.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf konstitutive Akte mit rückwirkender Kraft auf dem Gebiete des Privatrechts zu verweisen. Hierher gehört beispielsweise die Anfechtung. Allerdings nimmt Planck[1]) wohl auch hier eine blosse Rechtsdeklaration an, wenn er sagt, derjenige, welcher durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft ein Recht übertragen hat, hat dieses Recht, wenn die Anfechtung erfolgt, nie verloren. Dem dürfte aber nicht durchaus zuzustimmen sein, denn die Wirkung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes tritt trotz des zur Anfechtung berechtigenden Mangels ein. Nicht erst mit der Versäumung der Frist, innerhalb welcher die Anfechtung zu erfolgen hat, oder mit der Bestätigung ist das Rechtsgeschäft vollwirksam, sondern mit diesen Momenten tritt nur der Wegfall des Anfechtungsrechtes ein. Bis dahin ist zwar ungewiss, ob die bereits eingetretene Wirkung wieder in Wegfall kommen, aber keineswegs, ob das Geschäft unwirksam bleiben wird. „Vielmehr besteht", um Plancks eigene Worte gelegentlich der Vorbesprechung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes zu gebrauchen[2]), „solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, das Rechtsgeschäft und ist es wirksam", und es bleibt wirksam, bis der Anfechtungsberechtigte den Wegfall dieser Wirkung durch die vom Gesetz mit aufhebender Macht ausgestattete Anfechtungserklärung herbeiführt. Denn da § 142 Abs. 1 B.G.B. nicht sagt, dass das Geschäft von Anfang an nichtig war, vielmehr gebietet, es so anzusehen, als sei es von Anfang an, also ex tunc, nichtig gewesen, so ist die Anfechtungserklärung auch nicht als Feststellung vorhandener Nichtigkeit anzusehen, weil gerade in der vom Gesetzgeber gewählten Form, der Fiktion[3]), ein Beweis dafür

[1]) Komm. Bd. I S. 253.

[2]) Komm. Bd. I S. 183.

[3]) Dagegen kann man sich auch nicht auf die Fiktion des römischen Rechtes bei der Rechtsdeklaration berufen, wie sie S. 26 ff. dargelegt ist. Vergl. darüber S. 46 ff.

liegt, dass der Zustand, welcher als Folge der Anfechtung eintritt, mit der von Anfang an vorhandenen Nichtigkeit nicht identisch ist. Also ein konstitutiver Rechtsakt trotz rückwirkender Kraft.[1])

Das Gegenstück dazu bildet die Genehmigung, welche zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes erforderlich ist. Erfolgt sie, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurück (B.G.B. § 184 Abs. 1).[1]) Diese Rückwirkung privatrechtlicher konstitutiver Akte berechtigt aber noch nicht, sie auch auf das Gebiet des Prozessrechtes zu übertragen. Sie findet sich aber auch hier. Hervorgehoben sei zunächst die Klage, durch welche der Erbschaftserwerb wegen Unwürdigkeit des Erben angefochten wird. Allerdings scheint hier eine Feststellungsklage vorzuliegen, denn § 2342 Abs. 1 S. 2 B.G.B. verlangt, dass die Klage darauf zu richten sei, dass der Erbe für erbunwürdig erklärt werde. Indessen handelt es sich nicht um eine reine Feststellung, sondern es liegt ein konstitutives Urteil vor, denn die Anfechtungserklärung als solche hat hier eben nicht die gewöhnliche Wirkung, vielmehr ist bis zur Rechtskraft der Unwürdige tatsächlich Erbe und niemand ist, wenigstens grundsätzlich, berechtigt, ihn nicht als solchen zu behandeln, denn die Wirkung der Anfechtung tritt gemäss § 2342 Abs. 2 B.G.B. erst mit der Rechtskraft des Urteils ein. Dieses aber ergeht auf Grund einer Klage, durch welche die bereits angefallene Erbschaft (§ 2340 Abs. 2 S. 1 B.G.B.) angefochten wird mit der Wirkung, dass die Erbschaft demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte und zwar mit der Massgabe, dass der Anfall mit dem Eintritt des Erbfalles als erfolgt gilt (§ 2344 Abs. 2 B.G.B.). Also hebt das Urteil den er-

[1]) Wie hier: Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 120, 117; Dernburg Bd. 1 S. 353; a. M. Endemann, Lehrbuch I § 75; Cosack, Lehrbuch I § 53; Leonhard, Allgem. Teil, S. 433; Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit, S. 28.

folgten Erbschaftserwerb wieder auf und zwar mit rückwirkender Kraft.[1])

Den Typus der hierher gehörenden Fälle aber bilden die Klagen auf Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Zurückzuweisen ist von vornherein die Meinung, es handle sich bei diesen Klagen um einen Anspruch im Sinne des bürgerlichen Rechtes, welcher zu einem Leistungsurteil führen würde, denn das mit der Klage verfolgte Ziel kann unter keinen Umständen durch ein Tun oder Unterlassen des Gegners herbeigeführt werden.

Die herrschende Meinung fasst diese Klagen als Feststellungsklagen auf. So meint Planck[2]), es ergebe sich aus § 1343 Abs. 2 B.G.B. unzweifelhaft, dass selbst die anfechtbare Ehe, welche im Wege der Klage angefochten ist, schon vor dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteile nichtig sei. Ganz entsprechend der Rechtsdeklaration, wie sie in § 7 dieser Arbeit geschildert ist, bemerkt Planck[3]) wörtlich:

> Da die Ehe als gültig anzusehen ist, solange die Anfechtung nicht erfolgt bezw. wenn die Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage zu geschehen hat, die Ehe nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, so besteht, bis sich entschieden hat, ob die An-

[1]) Wie hier: Hellwig, A. und K., S. 463, 468; Lehrbuch S. 238; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie S. 929; Langheineken S. 269; a. M. Hölder, Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess, Bd. 29 S. 69; Kohler, ebenda, S. 18 u. v. a., unter diesen auch die Motive, welche richtig hervorheben, dass diese Klage denselben Charakter trüge, wie die Eheanfechtungsklage, zugleich aber bemerken, dass auch hier der Anfechtungserklärung die vernichtende Wirkung im Hinblick auf den Anfall innewohne (Bd. 5 S. 522). Die Gegner vertreten zumeist den Standpunkt, dass der konstitutive Charakter dieses Erkenntnisses durch § 2344 B.G.B. ausgeschlossen sei. Der Irrtum liegt hierbei eben darin, dass man, wie schon a. A. dieses Paragraphen hervorgehoben, Rückwirkung und Gestaltung für unvereinbar hält. Wie hier: Hellwig, A. und K., S. 468.

[2]) Komm. Bd. 4 S. 49/50.

[3]) Komm. Bd. 4 Anm. 3 zu § 1343.

fechtung erfolgt bezw. bis zur Erledigung des Rechtsstreites über die Anfechtungsklage ein Zustand der Ungewissheit.

Von den vielen anderen[1]), welche mit Planck Feststellungsklagen annehmen, sei hier nur noch auf die Ausführungen Kohlers[2]) besonders eingegangen. Auch nach ihm handelt es sich nicht um die Herbeiführung eines neuen Effektes, sondern um Konstatierung des vorhandenen Rechtszustandes. Es falle dem Urteile vielmehr nur die Bedeutung zu, dass es die Anfechtung zur Geltung bringe. Die zivilistischen Folgen träten ein kraft Zivilrechts, das Urteil sei daher nur als conditio sine qua non, nicht als causa causans aufzufassen.

Der Fehler dieser Argumentation liegt darin, dass Kohler zwei ganz verschiedene Dinge vermischt. Bei diesen Klagen handelt es sich nicht um Rechtswirkungen, welche der Gesetzgeber indirekt mit der Gestaltung praktisch werden lässt, etwa wie er im Falle der Ehescheidung dem bisherigen Ehegatten das Recht der Wiederverheiratung gibt, sondern um materielle Wirkungen, welche das Urteil als wesentlichen Inhalt auf Grund der staatlichen Befehlsgewalt selbst direkt vollzieht. In jenem Falle ist das Urteil allerdings nur die causa sine qua non, in diesem aber die causa causans, die selbstwirkende Ursache.[3])

Eine Folge der Auffassung, diese Klagen seien Feststellungsklagen, ist es, dass alsdann die Ehe schon vor dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteile nichtig gewesen sein müsste. Von seinem Standpunkt aus mit Recht hebt deshalb Planck[4]) hervor, die Nichtigkeit bei der

---

[1]) Z. B. Schmidt, Lehrbuch, S. 141; Petersen, Komm. I S. 473; Fitting, Lehrbuch, S. 297 Anm. 6, 300 Anm. 16; Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 9 S. 214, Bd. 28 S. 292.

[2]) Kohler, Forschungen, S. 104; Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess Bd. 29 S. 9.

[3]) So auch Hellwig, Lehrbuch, S. 49.

[4]) Komm. Bd. 4 S. 48; ferner ebenso: Cosack Bd. II S. 441; Dernburg, das bürgerliche Recht, Bd. IV S. 66.

Ehe sei keine andere wie sonst . . eine wahrhaft nichtige Ehe sei die Ehe auch in diesen Fällen.

Indessen dürfte diese Auffassung durchaus nicht gerechtfertigt sein, denn in Wahrheit kommen dabei bestehende, wenn auch der Aufhebung unterliegende, Rechtswirkungen in Wegfall und nicht solche, welche nur ein Scheindasein führten, denn nicht einmal von der Erhebung der Klage, geschweige denn gar von der Eheschliessung ab, ist es möglich, die Nichtigkeit der Ehe geltend zu machen, dies kann vielmehr erst von der Rechtskraft des Urteils an geschehen. Bestimmt doch § 1343 Abs. 2 B.G.B. ausdrücklich:

> Die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten worden ist, kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nicht anderweit geltend gemacht werden.

Demnach sind also der anfechtbaren Ehe die Wirkungen der gültigen eigen und sie ist keine Scheinehe, sondern kraft § 1343 Abs. 2 B.G.B. ein in Wahrheit bestehendes Rechtsverhältnis.

Auch mit der nichtigen Ehe ist es nicht anders, denn solange nicht das Ehenichtigkeitsurteil ergangen ist, gilt die Ehe als legitime. Zwar ist dies in der Fassung, welche das B.G.B. endgültig erhalten hat, nicht mehr zum besonderen Ausdruck gekommen, dennoch muss dies auch jetzt noch eben deshalb Rechtens sein, weil der dies bestimmende § 1252 des ersten Entwurfes als überflüssig gestrichen wurde. Tatsächlich dürfte denn auch kaum bezweifelt werden, dass, obwohl die Ehegatten in einer „nichtigen Ehe“ leben, sie doch einander zu ehelicher Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. Denn nicht einmal durch die Anstellung der Nichtigkeitsklage erlangen die Ehegatten das Recht, die eheliche Gemeinschaft aufzuheben[1]), sondern erst durch richterliche Verfügung.[2]) Die

[1]) Vergl. aber den schützenden § 1553 Abs. 2 B.G.B.

[2]) § 627 Z.P.O.

Frau, auch der nichtigen Ehe, teilt den Wohnsitz des Mannes, erhält seinen Familiennamen, hat die Schlüsselgewalt, Unterhaltsanspruch gegen den Mann usw. Auch in güterrechtlicher Beziehung gilt für eine derartige Ehe das gleiche wie für eine vollgültige. Sie bildet fernerhin ein Ehehindernis (§ 1309 B.G.B.), und eine anderweite Verheiratung vor der Rechtskraft des Urteils zieht schwere Strafe nach sich (§ 171 St.G.B.). Auch im formellen Recht wird sie nicht anders behandelt. Erinnert sei an das Zeugnisverweigerungsrecht.

Da nun aber eine solche Ehe alle Wirkungen der rechten Ehe hat, so muss sie doch eben als ein Verhältnis betrachtet werden, welches bis zur Rechtskraft des Urteils bestanden hat. Diese bestehende Ehe hebt nun das Urteil auf, ist also konstitutiv.[1]) Und zwar erfolgt diese Aufhebung mit grundsätzlich rückwirkender Kraft. Dies ergibt sich bei der Nichtigkeitsklage aus der Natur der Sache, bei der Anfechtungsklage aus § 1343 B.G.B.:

> Wird eine anfechtbare Ehe angefochten, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen,

und wie im Falle der gewöhnlichen Anfechtung, so spricht auch hier schon der Wortlaut des Gesetzes für die verfochtene Natur.[2])[3])

Ein konstitutives Urteil mit rückwirkender Kraft ist auch das Urteil auf Herabsetzung einer übermässig hohen Leistung, sei es einer Vertragsstrafe (§ 343 B.G.B.), sei es Mäklerlohns (§ 655 B.G.B.), Anwaltshonorars (§ 93 Abs. 4 d. Geb.-Ordn. f. R.-A.), oder Berge- und Hilfslohns (§ 741

---

[1]) Dafür spricht auch der Umstand, dass es ja neben diesen Klagen noch die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe gibt, welche zweifellos reine Feststellungsklagen sind.

[2]) Vergl. die Ausführungen S. 34.

[3]) Wie hier: Langheineken S. 114, 244; Hellwig, Lehrbuch, S. 239; A. und K. S. 464 ff.; Rechtskraft S. 451; Seuffert, Komm. 2 S. 180; Stein in Gaupp-Stein Bd. 1 S. 514, Bd. 2 S. 198, und in Birkmeyers Enzyklopädie S. 929; vergl. auch Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 4 S. 66, wenigstens bezüglich der Wirkungen der nichtigen Ehe.

II.G.B.). Der Gesetzgeber gibt hier nicht dem zur Zahlung Verpflichteten gegen den Zahlungsberechtigten einen Anspruch darauf, dass dieser sich mit der Herabsetzung einverstanden erkläre, oder darauf, dass er die Herabsetzung vornehme, sondern fordert die Herabsetzung „durch Urteil". Es ist deshalb auch kein reines Feststellungsurteil, denn es begnügt sich nicht mit der Feststellung, dass die Leistung übermässig hoch sei. Auch Planck[1]) leugnet hier die konstitutive Natur nicht, sondern sagt mit Recht:

> Die Abhilfe wird nicht auf dem gewöhnlichen zivilrechtlichen Wege gesucht. Die Vereinbarung einer übermässig hohen Strafe wird nicht für unwirksam erklärt ... vielmehr wird ihm dies anomale Recht eingeräumt, die Herabsetzung der rechtlich verwirkten Strafe durch Urteil zu verlangen.

Nicht einverstanden kann man sich hier nur mit der „Anomalität" dieses Rechtes erklären. Mit Unrecht nimmt deshalb Kohler[2]) an, dass durch das Urteil lediglich die Höhe der in Wahrheit geschuldeten Leistung festgestellt werde, denn alsdann müsste vor dem Erlass des Urteils eine Schuld bestanden haben, welche geringer war, als die vereinbarte. Dem widerspricht es aber vollkommen, wenn der § 343 B.G.B. von „der Herabsetzung auf den angemessenen Betrag" spricht. Auch die Materialien[3]) bestätigen die hier vertretene Auffassung, dass es sich um ein konstitutives Urteil handelt, da sie es ausdrücklich begründen, dass es der Richter ist, welcher die Leistung bestimmen soll. Das Urteil hat demnach eine doppelte Funktion, indem es zunächst die vertragsmässige Bestimmung aufhebt, sodann aber durch dasselbe Erkenntnis die angemessene Leistungspflicht dafür eintreten lässt[4]), und zwar mit rückwirkender Kraft, denn nach dem Willen

[1]) Komm. Anm. 1 zu § 343.

[2]) Zeitschr. f. d. deutsch. Zivilprozess Bd. 29 S. 14.

[3]) Vergl. Prot. I S. 687.

[4]) Darin liegt eine sehr grosse Ähnlichkeit dieses Urteils mit dem der Restitutionsklage stattgebenden (vergl. S. 44).

des Klägers und des Gesetzgebers besteht die Leistungspflicht von vornherein eben nur in dem durch das Urteil bestimmten Umfang. Durch das Urteil erhält demnach die Leistungspflicht den Inhalt, der ihr von ihrer Entstehung ab zukommt, und deshalb wird die Sachlage auch hier so angesehen, als sei die Leistung von Anfang an in der später festgesetzten Höhe vereinbart worden.[1][2]) Urteile von gleichem Charakter sind ferner noch diejenigen, welche Gestaltungsrechte realisieren gemäss §§ 1596 und 1599 B.G.B., § 9 Abs. 1 No. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zum Schutze der Warenbezeichnungen, § 6 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, § 28 des Patentgesetzes vom 7. April 1891, §§ 271, 272 H.G.B., § 51 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 u. a.[3])

Näher eingehen möchte ich indessen noch auf die Klasse der konstitutiven Urteile, welche eine Prozessmassnahme abändern. Eine auf ein solches Urteil abzielende Klage ist diejenige, durch welche das Widerspruchsrecht gegen den Entmündigungsbeschluss geltend gemacht wird. Dieser Beschluss ist konstitutiv, denn mit seiner Zustellung[4]) tritt er dergestalt in Kraft, dass der Geisteskranke geschäftsunfähig[5]), der Geistesschwache, der Trunksüchtige oder Verschwender in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt wird[6]), und zwar auch dann, wenn der Beschluss zu unrecht ergangen ist. Gegenstand ist das „Persönlichkeitsrecht“[7]). Realisiert wird das Antragsrecht des Antragstellers. Gegenstand

[1]) Wie hier: Hellwig, A. u. K., S. 463; Kisch S. 138, 182. Auch nach Hölder (Das Recht 1900 S. 162) hat das Urteil, wie bereits hervorgehoben, rückwirkende Kraft, dieser hält es aber deshalb für deklarativ.

[2]) Gegen die konstitutive Natur dieses Urteils: Besonders Hölder a. a. O.; Kohler a. a. O. Wie oben: Hellwig, A. u. K., S. 463, 13; Langheineken S. 231; Gaupp-Stein Bd. I S. 528; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie S. 928; Kisch S. 139, u. a.

[3]) Ebenso: Hellwig, Lehrbuch, S. 238; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 528.

[4]) §§ 660, 661, 683 Abs. 2 Z.P.O.

[5]) § 104 B.G.B.

[6]) § 114 B.G.B.

[7]) Hellwig, Lehrbuch, S. 52 ff.

der Widerspruchsklage ist das Widerspruchsrecht. Wird die Klage abgewiesen, so wird das Recht verneint, wird ihr stattgegeben und also das Widerspruchsrecht als zu recht geltend gemacht festgestellt, so wird „der die Entmündigung aussprechende Beschluss aufgehoben“ (§ 672 Z.P.O.), und mit der Rechtskraft entfallen die Wirkungen des Beschlusses. Daher kann das Urteil nicht eine Unwirksamkeit des Beschlusses feststellen, denn eine solche war bis zu dieser Zeit gar nicht vorhanden. Das Urteil ist also konstitutiv, und da nach § 115 Abs. 1 S. 1 B.G.B.

> die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund des Beschlusses in Frage gestellt werden

können, so hat es rückwirkende Kraft. Abgesehen von dieser positiven Bestimmung ergibt sich die Rückwirkung aber auch hier mit logischer Notwendigkeit. Der Beschluss ist zu Unrecht ergangen, und deshalb ist es ein Postulat der Gerechtigkeit, dass er in seiner ganzen rechtlichen Existenz und mit allen seinen Wirkungen mit der Massgabe vernichtet wird, als sei er niemals erlassen worden.[1])

Das gleiche gilt für das Urteil, durch welches die Aufhebung des im Aufgebotsverfahren ergangenen Ausschlussurteils erwirkt wird (§ 957 Z.P.O.), denn die Umstände, dass es sich dabei nicht um einen Beschluss, sondern ein Urteil handelt, dass die Anfechtung nur aus den im § 957 Abs. 2 Z.P.O. genannten formellen Mängeln und nicht auch aus materiellen zulässig ist, und dass auch das Verfahren als solches in gewisser Hinsicht abweicht, fallen hier nicht ins Gewicht.[2])

Grundsätzlich gleiche Konstruktion hat auch die Klage, durch welche die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt wird. Mag er auch zu Unrecht ergangen sein, so hat

[1]) So auch: Hellwig, Lehrbuch, S. 398, 52; A. u. K. S. 500; Kisch S. 170; Gaupp-Stein Bd. I S. 528; Stein in Birkmeyer S. 930.

[2]) Wie hier: Hellwig, A. u. K., S. 502; Lehrbuch S. 398; Langheineken S. 236; Kisch S. 172; Gaupp-Stein Bd. II S. 812; Stein in Birkmeyer S. 930.

dieser privatrechtliche Akt dennoch solange rechtliche Wirksamkeit, bis er durch Richterspruch beseitigt ist, denn unter den Parteien hat der Schiedsspruch die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 1040 Z.P.O). Diese sachlichen Erwägungen bestätigt der Wortlaut des Gesetzes, welches von der „Aufhebung des Schiedsspruches" (§ 1041 Z.P.O.) spricht. Die Rückwirkung folgt aus den gleichen Gründen, wie sie oben dargetan sind.[1])

Auch bei dem der Restitutionsklage stattgebenden Urteile ist zunächst die Sachlage insoweit keine andere, als es sich um das judicium rescindens handelt. Denn auch hier wird ein Urteil durch ein späteres aufgehoben aus dem Grunde, weil das frühere von Anfang an nicht gerechtfertigt war. Auch hier wird in dem zweiten Urteile festgestellt, dass das im früheren Urteile festgestellte Recht in Wahrheit eben nicht vorhanden war, und dass dem reszindierten Akt von Anfang an mit Unrecht Wirksamkeit beigemessen worden ist. Auch hier wird demgemäss diese Feststellung notwendig das aufgehobene Urteil mit rückwirkender Kraft unwirksam machen. Dies dürfte auch daraus folgen, dass zwar, was die Form anlangt, mit diesen Klagen ein neues Verfahren eingeleitet wird, dass sie sich aber materiell nur als eine erneute oder fortgesetzte Durchprüfung derjenigen Momente darstellen, durch deren Vorhandensein die Richtigkeit des Ergehens des Staatsaktes bedingt ist. Dem entspricht es, wenn nach § 81 Z.P.O. die Prozessvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen, einschliesslich derjenigen, welche durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens veranlasst werden, ermächtigt, und wenn §§ 665, 584 Z.P.O. die prorogatio fori ausschliessen.[2])

Nun ist aber bei dem der Restitutionsklage stattgebenden Urteile mit dem judicium rescindens das judicium rescissorium verbunden. Während die vorgenannten Klagen

[1]) So auch: Hellwig, Lehrbuch, S. 397; A. u. K. S. 505; Kisch S. 172; Gaupp-Stein Bd. I S. 528; Stein in Birkmeyer S. 930. Abweichend Langheineken S. 191.

[2]) So auch Hellwig, A. u. K., S. 488.

sich damit begnügen, den ersten Rechtsakt lediglich aus der Welt zu schaffen, ersetzt das der Restitutionsklage stattgebende Urteil den früheren durch einen neuen. Dementsprechend kann die Aufhebung des Ersturteils auch nicht derart erfolgen, als sei dasselbe nie ergangen, sondern die Rechtslage wird so angesehen, als ob das Ersturteil in der Gestalt des zweiten erlassen worden wäre.[1])

Damit dürfte wohl das Vorhandensein konstitutiver Urteile mit rückwirkender Kraft zur Genüge nachgewiesen sein. Als praktisches Beispiel aber für die Rückwirkung beim Gestaltungsurteil sei das Ergebnis auf den zugrunde gelegten Fall angewandt.

Die erste Ehe war durch das Scheidungsurteil nicht nur scheinbar aufgelöst, wie Planck meint, sondern ist in Wahrheit aufgelöst gewesen. Niemand konnte sich auf den Mangel des Urteils berufen, sondern die mit der Rechtskraft des Urteils eingetretene Auflösung der Ehe bildet eine Tatsache, welche allgemeine Anerkennung finden musste. Die Ehe war aufgelöst und nichts stand den Ehegatten, wenigstens grundsätzlich, entgegen, eine neue Ehe einzugehen. Erhebt nun der eine Ehegatte nach der Verheiratung des anderen die Restitutionsklage, so macht er damit sein prozessuales Widerspruchsrecht geltend, sein Recht gegen den Richter auf Erlass einer aufhebenden Entscheidung. Dieses wird als zu recht bestehend festgestellt und gleichzeitig realisiert, indem das Scheidungsurteil aufgehoben wird. An seine Stelle tritt nun das judicium rescissorium, welches in der Abweisung der ursprünglichen Klage besteht, die erfolgen muss, weil sich herausgestellt hat, dass das zuerst bejahte Scheidungsrecht des Scheidungsklägers in Wahrheit nicht vorhanden gewesen ist. Auf diese Feststellungen beschränkt sich das Urteil und, es kann nicht ein ununterbrochenes Bestehen

[1]) A. M. Schmidt, Lehrbuch, Bd. I S. 142. Wie hier u. a. Kisch S. 180 ff.; Hellwig, A. u. K., S. 489 ff.; Lehrbuch S. 397; Gaupp-Stein, Komm. II S. 884; Langheineken S. 259 ff.; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie S. 929.

der ersten Ehe feststellen, weil diese durch das Scheidungsurteil aufgehoben war, und darum kann auch die zweite Ehe nicht deshalb nichtig sein, weil zur Zeit der Eingehung dieser jene bestanden habe. Festgestellt wird vielmehr lediglich das Nichtvorhandensein des Scheidungsrechtes und demgemäss die Unrechtmässigkeit des Erlasses des Scheidungsurteils. Da nun aber das der Restitutionsklage stattgebende Urteil rückwirkende Kraft mit der Massgabe hat, als sei das aufgehobene Urteil in seiner Gestalt ergangen, so ist die Sachlage, und zwar in der Form einer regelrechten Fiktion, so anzusehen, als sei die erste Ehe niemals aufgehoben worden, habe vielmehr ununterbrochen fortbestanden, woraus sich weiterhin ergibt, dass die zweite Ehe gemäss § 1326 B.G.B. als von Anfang an nichtig zu gelten hat und demgemäss die erste Ehe zu recht besteht.

Mit der Gesamtheit dieser Ausführungen dürfte auch der Nachweis gebracht sein, dass die Rückwirkung beim konstitutiven und diejenige beim deklarativen Akt zwei Rechtsinstitute von ganz verschiedener Konstruktion sind.

Allerdings besteht eine gewisse äusserliche Ähnlichkeit, welche ihre so häufige Verwechselung veranlasst. Tritt nämlich der deklarative oder konstitutive Akt ein, so fallen alle Wirkungen der Vorzeit, welche ihm zuwiderlaufen, ohne weiteres zusammen, und zwar ohne Unterschied, ob ein Fall der Gestaltung oder ein Fall reiner Feststellung vorliegt.

Doch ist diese Ähnlichkeit eben nur eine rein äusserliche, denn diese Wirkungen sind sowohl hinsichtlich ihres Grundes als auch der Art und Weise ihres Eintretens durchaus verschieden.[1])

Hat jemand Rechtsgeschäfte vorgenommen und wird darauf durch ein deklaratives Urteil festgestellt, dass ihm die Befugnis dazu in Wahrheit nicht zustand, so sind diese

[1]) Schon Fitting (Rückziehung S. 46, 86) hebt die analogen Unterschiede bei der Rückziehung und Vorwirkung scharf hervor.

Rechtsgeschäfte, wenigstens grundsätzlich, von Anfang an nichtig, weil, wie das Urteil klargestellt hat, er zur Vornahme derselben kein Recht hatte. Bei dem aufhebenden konstitutiven Urteile sind die der Aufhebung unterliegenden Rechtsgeschäfte zwar gleichfalls hinfällig[1]), aber aus einem ganz anderen Grunde. Hier sind die Rechtsgeschäfte an sich gültig, denn sie sind von jemandem abgeschlossen worden, der damals dazu berechtigt war und sind deshalb auch fähig, rechtlich relevante Wirkungen hervorzubringen. Sollen diese Wirkungen aufhören, so ist dies nur unter Zuhilfenahme einer Fiktion möglich, deren sich auch unser Gesetz tatsächlich bedient.[2]) Während nämlich dort der Rechtszustand vor dem Urteil mit demjenigen, welcher nachher vorhanden ist, in Wahrheit identisch ist, ist beim konstitutiven Urteile mit rückwirkender Kraft der ihm vorausgehende Zustand und derjenige, welcher ihm nachfolgt, ein anderer. Diese in Wahrheit verschiedenen Zustände werden nun — und darin besteht die Fiktion — rechtlich einander gleichgesetzt, weil es die Gerechtigkeit erheischt, dass der Zustand nach Erlass des Urteils schon vorher bestanden habe.

Während also die ex tunc Wirkung beim konstitutiven Akte nur mittels einer Fiktion durchführbar ist, erübrigt sich dieselbe beim deklarativen und, wenn die Römer, wie im § 7 ausgeführt, der Deklaration eine Konstruktion gegeben haben, welche der Gestaltung mit rückwirkender Kraft ähnlich ist, so ist doch die grosse Verschiedenheit zwischen beiden eben in ihrem Verhältnis zu der Rechtslage vor und nach ihrem Auftreten zu erblicken, woraus sich auch ergeben dürfte, dass bei der Deklaration von einer Fiktion im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden kann.

Ist es also, um es noch einmal hervorzuheben, beim konstitutiven Urteil das Urteil, welches die Rückwirkung

[1]) Vergl. aber den dritten Teil der Arbeit.

[2]) Vergl. z. B. §§ 142 Abs. 1 B.G.B., 2344 Abs. 1 B.G.B., 1343 ebenda. Siehe in der Arbeit S. 31, 34, 39 u. a.

erzeugt, so ist es beim Feststellungsurteile die materielle Rechtslage, und das Urteil gibt nur über die wahre Natur derselben, welche unabhängig von ihm entstanden ist und fortbesteht, Aufschluss.

D.
III. Teil.

§ 9.
Die Grenzen der Rückwirkung.

Es liegt auf der Hand, dass die Rückwirkung wie sie oben auseinandergesetzt, ohne Bedenken strikt durchführbar ist, wenn die durch den ersten Akt geschaffene Rechtslage noch nicht praktisch ausgenützt worden ist, dass aber überall da, wo auf Grund jener Rechtslage rechtlich erhebliche Beziehungen eingegangen und seitens Dritter Rechte erworben sind, durch die strikte Durchführung der Rückwirkung eine Kollision der Rechte unvermeidlich ist. Die Verletzungen der Rechte Dritter hält in unserem Falle Kohler[1]) für so trostlos und gesellschaftswidrig, dass die Jurisprudenz sie bei Auslegung des Gesetzes, wenn möglich, vermeiden muss.

Darin dürfte Kohler unbedingt zuzustimmen sein, indessen übersieht er dabei, dass das Gesetz eine hilfreiche Handhabe bietet, diese Härten zu mildern dadurch, dass es der Rückwirkung gewisse Schranken gesetzt hat.

Unzweifelhaft kann eine Sonderbetrachtung des in Frage stehenden Falles nicht ausreichen, eine genügende Lösung für die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung zu bieten, sondern es ist notwendig, sie von einem allgemeinen Standpunkte zu betrachten.

[1]) Zeitschrift f. d. deutsch. Zivilprozess Bd. 33 S. 226.

Derartige Modifikationen der Rückwirkung finden sich in allen einschlägigen Disziplinen unseres Rechtes.

Zunächst seien einige Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes hervorgehoben.

Die Ausschlagung einer Erbschaft hat rückwirkende Kraft, denn der Anfall an den Ausschlagenden gilt als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 B.G.B.). Deshalb werden alle diejenigen Rechtsverhältnisse als ununterbrochen fortbestehend angesehen, welche infolge des Erbfalles durch Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten erloschen sind.

Hätte diese Rückwirkung keine Grenzen, so müssten alle Rechtshandlungen, welche dem ursprünglichen Erben gegenüber in seiner Eigenschaft als Erben vorgenommen sind, mit der Ausschlagung hinfällig sein. § 1959 Abs. 3 B.G.B. bestimmt aber, dass ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden muss, wenn es vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen wird — z. B. Kündigung, Mahnung — auch nach der Ausschlagung wirksam ist.

Ist jemand mit Unrecht oder unter unrichtiger Feststellung der Todeszeit für tot erklärt worden, so gilt zugunsten eines Dritten, der sich mit dem auf Grund der Todeserklärung Erbe Gewordenen in Rechtsgeschäfte eingelassen hat, dieser auch ohne Erteilung eines Erbscheines als Erbe, sofern nicht der Dritte von dem Sachverhalte Kenntnis hatte, unter den im Gesetze angegebenen hier irrelevanten Voraussetzungen (§ 2370 B.G.B.).

Hierher gehört ferner die Begrenzung der Rückwirkung bei der Anfechtung zugunsten des gutgläubigen Dritten (§ 142 B.G.B.).

Aus den allgemeinen Grundsätzen von der Nichtigkeit folgt, dass die Ehe, welche durch Urteil vernichtet ist, so behandelt wird als wäre sie nie geschlossen. Diese Rückwirkung nun wird gemäss § 1344 B.G.B. dahin modifiziert, dass Einwendungen einem Dritten gegenüber aus der Nichtigkeit der Ehe gegen ein zwischen ihm und einem

der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil grundsätzlich nicht gemacht werden können. Hat beispielsweise der Mann über einen Gegenstand des Vermögens seiner Frau ohne deren Einwilligung im Falle, dass diese nicht erforderlich ist, verfügt, so kann die Gültigkeit der Verfügung deshalb nicht in Frage gestellt werden, weil dem Manne infolge der mit rückwirkender Kraft versehenen Vernichtung der Ehe eine solche Befugnis nicht zugestanden habe. Aus demselben Grunde müssten auch die familienrechtlichen Wirkungen der Ehe mit ihrer Vernichtung gänzlich entfallen, nichtsdestoweniger aber bleibt ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, grundsätzlich ehelich, und sein verwandtschaftliches Verhältnis zu seinem Vater und dessen Verwandten wird keineswegs gelöst, sondern bleibt bestehen. (§ 1699 B.G.B.)

Auch die rückwirkende Kraft der Genehmigung findet ihre Grenzen an den Rechten Dritter, denn nach § 184 Abs. 2 B.G.B. werden durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes von dem Genehmigenden getroffen werden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind.

Man könnte auch an § 1348 Abs. 2 S. 2 denken. Doch liegt hier eine ganz singuläre Vorschrift[1]) vor, welche sich zum Nachweise einer allgemeinen Regel nicht eignet.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das B.G.B. zwar mehrfach Einzelvorschriften über den uns jetzt beschäftigenden Punkt enthält, eine allgemeine positive Bestimmung findet sich indessen darüber im B.G.B. eben so wenig wie in der Z.P.O., obwohl auch dieses Gesetz nicht arm an einzelnen Vorschriften dieses Inhalts ist.

[1]) Näheres unten S. 68 ff.

Dass das Urteil, welches den Entmündigungsbeschluss auf die Anfechtungsklage hin aufhebt, ex tunc wirkt, ist bereits hervorgehoben. Trotzdem aber bleiben die von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam (§ 115 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.).

Auch die ex tunc Wirkung des Erkenntnisses, welches auf die Anfechtungsklage hin das im Aufgebotsverfahren ergangene Ausschlussurteil beseitigt, ist S. 42 nachgewiesen. Es bleiben aber die auf Grund des Urteils von dem Verpflichteten bewirkten Leistungen auch Dritten, insbesondere dem Anfechtungskläger gegenüber wirksam, es sei denn, dass der Verpflichtete zur Zeit der Leistung die Aufhebung des Ausschlussurteils gekannt hat. (§ 1018 Z.P.O.)

Besondere Aufmerksamkeit verdient hier das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Einmal schon deshalb, weil es der eigentliche Boden der konstitutiven Staatsakte ist, sodass man sich sehr wohl mit Wach[1]), Langheineken[2]), Gaupp-Stein[3]) u. v. a. einverstanden erklären kann, wenn sie als Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Gestaltung der konkreten Privatrechtsordnung ansehen, wenn auch eine Abgrenzung von der streitigen Gerichtsbarkeit damit noch nicht gegeben ist, weil dieses Ziel die Gestaltungsklagen auch verfolgen. Was nun aber den Unterschied der konstitutiven Staatsakte im Gebiete der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit anlangt, so ist er eben nur darin zu finden, dass der Inhalt der letzteren die Verwirklichung von Gestaltungsrechten durch Gewährung des Rechtsschutzes ist, während die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Erledigung solcher privatrechtlicher Angelegenheiten zum Gegenstand haben, die nicht Rechtsstreitigkeiten sind[4]).

[1]) Handbuch S. 53.

[2]) a. a. O. S. 83.

[3]) Kommentar Bd. I S. 10.

[4]) Hellwig, Lehrbuch S. 76; Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 863.

Dieser Unterschied fällt hier nicht ins Gewicht.

Vor allem aber ist die Heranziehung dieser Rechtsdisziplin deshalb besonders wichtig, weil hier eine positive weitgehende Bestimmung über die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung zu finden ist, und zwar im § 32 F.G.G. Dieser Paragraph bestimmt:

> Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangel der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtes unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluss.

Hat also beispielsweise das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung zur Ermächtigung eines Minderjährigen zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes erteilt (§ 112 B.G.B.), und wird die Genehmigung nachträglich als ungerechtfertigt aufgehoben, oder hat das Vormundschaftsgericht einen Untauglichen zum Vormund bestellt (§ 1781 B.G.B.), und hebt es diese Verfügung als ungerechtfertigt auf und entlässt also den Vormund gemäss § 1886 B.G.B., oder hat unter den Voraussetzungen des § 1141 Abs. 1 B.G.B. der Eigentümer eines Grundstücks im Inlande keinen Wohnsitz, und bestellt auf Antrag des Gläubigers das zuständige Amtsgericht dem Eigentümer einen Vertreter, demgegenüber die Kündigung der Hypothek erfolgen kann, und hebt es diese Verfügung nachträglich als ungerechtfertigt auf, so bleiben die in der Zwischenzeit vom Minderjährigen, vom Vormunde vorgenommenen Geschäfte bezw. die inzwischen erfolgte Kündigung des Gläubigers in Kraft. Dem gleichen Zwecke, aber in verschärftem Masse, dienen noch andere Vorschriften; so kann in der Beschwerdeinstanz in der Regel jede vom Beschwerdegericht für ungerechtfertigt gehaltene Verfügung der Vorinstanz aufgehoben oder ab-

geändert werden. Doch kann auch vom Beschwerdegericht

1) eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist,

und ferner

2) eine Verfügung, durch welche die Zustimmung zu einer Ehelichkeitserklärung ersetzt wird, sofern die Ehelichkeitserklärung erfolgt ist, nicht mehr geändert werden. (§§ 55, 62, 63 F.G.G.)

Hierher gehört weiter die Bestimmung, dass, wenn eine Verfügung, durch die ein Volljähriger unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, vom Beschwerdegericht aufgehoben wird, die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Volljährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund der aufgehobenen Verfügung in Frage gestellt werden kann. (§ 61 F.G.G.)

Was ergibt sich nun aus all den angeführten Bestimmungen?

Soviel mit Gewissheit, dass es in unserer Rechtsordnung zahlreiche Fälle gibt, in denen aufhebende (konstitutive) Rechtsakte nicht die Kraft haben, Rechte, welche auf Grund des aufgehobenen Aktes erworben sind, zu vernichten.

Ist man aber berechtigt, in diesem Satze einen unsere gesamte Rechtsordnung beherrschenden, also allgemeinen Grundsatz, zu sehen?

Schon deshalb könnte diese Frage verneint werden, weil, wenn der Gesetzgeber eine ganz allgemeine Modifizierung der Rückwirkung in dieser Hinsicht gewollt hätte, er dies in einer allgemeinen Vorschrift zum Ausdruck gebracht haben würde, etwa wie im § 157 B.G.B. die Berücksichtigung von Treu und Glauben[1]).

Daraus würde sich als weitere Konsequenz ergeben, dass durch die Hervorhebung einzelner Fälle der Gesetz-

[1]) Im Grundgedanken ebenso: Dernberg, Preuss. Vormundschaftsrecht, S. 98.

geber nur bei ihnen die Rechte Dritter in der bezeichneten Weise geschont wissen will, dass aber in allen anderen Fällen die strikte Rückwirkung Platz greifen muss[1]).

Was nun dieses argumentum e contrario anlangt, so ist dasselbe im Hinblick auf § 32 F.G.G. nicht zu billigen. Denn das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit enthält in seiner jetzigen Gestalt nicht eine ausführliche Regelung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern begnügt sich damit, einzelne Bestimmungen zu treffen und stellt es der Wissenschaft und Praxis anheim, Ergänzungen zu treffen, wo nicht die Landesgesetzgebung eingegriffen hat[2]). Betrachtet man diesen Charakter des Gesetzes, so wird man zu weit gehen, wenn man infolge der positiven Bestimmung des § 32 F.G.G. annehmen wollte, dass in den übrigen Fällen bei den betreffenden analogen Rechtsgeschäften die Rückwirkung uneingeschränkt durchgeführt werden muss.

Die Unzulässigkeit eines solchen Argumentes bestätigt auch die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes. Denn die beiden Entwürfe, nämlich eines Gesetzes über das Verfahren in Vormundschaftssachen und sonstigen das Familienrecht betreffenden Angelegenheiten vom Jahre 1881 und eines Gesetzes betreffend die Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit vom Jahre 1888, enthalten, und zwar im § 54 der erste, im § 38 der zweite, positive Bestimmungen, welche die Rechtssituation der Zwischenzeit unberührt lassen, weisen aber gleichzeitig eine dem jetzigen § 32 entsprechende Bestimmung auf, der erste im § 29, der zweite im § 31.

Hinsichtlich des B.G.B. oder der Z.P.O. ist allerdings nicht zu leugnen, dass ein derartiges Argument nicht ausgeschlossen ist, indessen spricht dagegen die juristische

---

[1]) Auf diesem Standpunkt scheint Freese im sächsischen Archiv Bd. 11 S. 451 zu stehen.

[2]) Rausnitz, Komm. S. 140; Aron in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes (Gruchot) Bd. 45 S. 607.

Logik und die sonstigen Grundsätze der Gesetze[1]), denn richtiger ist wohl die Annahme, dass es sich zwar um Einzelvorschriften handelt, diese aber auf einem Prinzipe beruhen, dessen Allgemeinheit schon darin erkennbar ist, dass sie in den verschiedensten Gesetzen wiederkehren. Diese Bestimmungen, hervorgehoben, weil sie die praktisch wichtigsten sind, enthalten deshalb nichts Exzeptionelles, sondern leiten aus dem gegebenen Grundsatz nur besonders wichtige Anwendungsfälle ab[2])[3]).

Das Ergebnis dürfte demnach die Erkenntnis sein, dass als Postulat der Verkehrssicherheit unsere gesamte Rechtsordnung von dem Grundsatze durchdrungen ist, rechtlichen Schutz zu gewähren dem, welcher in rechtlich relevante Beziehungen getreten ist zu dem, welchem kraft staatlicher Autorität die Befugnis verliehen ist, solche Beziehungen einzugehen dadurch, dass die eingetretene Wirksamkeit einer staatlichen Massnahme die nachteiligen Folgen ihrer Aufhebung zugunsten jener erworbenen Rechte ausschliesst, dass also m. a. W. unsere Rechtsordnung von dem Grund-

[1]) So auch Planck, Komm. Bd. 1 S. 322, in bezug auf die modifizierte Rückwirkung der Genehmigung.

[2]) Man wird versucht, diesem Ergebnis die Fälle entgegenzuhalten, in denen eine Verfügung durch eine andere deshalb aufgehoben wird, weil sie von vornherein nichtig war, z. B. wenn ein Geschäftsunfähiger oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter zum Vormund bestellt wird (§ 1780 B.G.B.) und die Bestallung erhält (§ 1791 B.G.B.). Hier ist der Dritte nicht davor geschützt, dass der Entmündigte mit Unrecht zum Vormund bestellt worden ist (vergl. Planck zu § 1791 B.G.B.).

Während nach der Z.P.O. die Unwirksamkeit einer gerichtlichen Handlung nur durch Benutzung von Rechtsmitteln i. w. S. geltend gemacht werden kann, wirkt hier die Unwirksamkeit durch sich selbst. Sie kann in jedem beliebigen Verfahren, in jedem beliebigen Prozesse eingewendet werden. Wenn trotzdessen die Aufhebung auch einer unwirksamen Verfügung durch die Beschwerde nicht ausgeschlossen ist, so hat hier dieser Akt nicht konstitutive sondern lediglich deklaratorische Bedeutung (vergl. Rausnitz a. a. O. Anm. 5 zu § 23).

[3]) Weissler, Komm. S. 76; Rausnitz a. a. O. S. 140; Aron, Zeitschrift f. d. Zivilprozess, Bd. 27 S. 329.

satz beherrscht wird, dass die rückwirkende Kraft konstitutiver Staatsakte ihre Grenzen an Rechten, welche auf Grund des aufgehobenen Aktes erworben sind, finde.

Ist man demnach nicht gezwungen, diese Modifikation der Rückwirkung auf die Fälle zu beschränken, in denen sie der Gesetzgeber ausdrücklich zugelassen hat, sondern rechtfertigt es sich überall da, wo Dritte auf Grund der Zwischensituation Rechte erworben haben, die bei unbeschränkter Rückwirkung aufgehoben würden, sie in Anwendung zu bringen als Erfordernis eines allgemeinen Grundsatzes, der in keinem derartigen Falle übersehen werden darf, so fragt es sich doch weiterhin, ob es eine Pflicht ist, sie unter allen Umständen und in jedem Falle notgedrungen wirken zu lassen, oder ob nicht auch Ausnahmen von diesem allgemeinen Prinzip zugunsten der strikten Rückwirkung denkbar sind. Hellwig[1]) verneint dieses auf Grund des § 32 F.G.G. und der korrespondierenden Bestimmungen der anderen Gesetze.

In den unter diese Vorschriften fallenden Fällen dürfte allerdings die Modifikation stets in die Erscheinung treten müssen. Es sind dies, wenn wir zunächst den weitgreifenden § 32 F.G.G. im Auge behalten, die Fälle, in denen

1) eine gerichtliche Verfügung in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegt und, durch die
2) jemand die Fähigkeit oder Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt hat.

Zur näheren Erläuterung seien den schon angeführten Beispielen noch einige hinzugefügt.

In Frage kommt die Aufhebung von Verfügungen, durch welche Ersatz gegeben wird: Für die verweigerte Genehmigung des Vormundes zum Eintritt in ein Dienst- und Arbeitsverhältnis (§ 113 B.G.B.), für die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Eingehung der Ehe einer

[1]) Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 836 ff., 1075 ff.

in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person (§ 1304 B.G.B.), für die elterliche Einwilligung zur Eingehung der Ehe seitens eines für volljährig erklärten Kindes (§§ 3, 1305, 1308 B.G.B.), für die Genehmigung einer anfechtbaren Ehe seitens des Vormunds (§ 1337 B.G.B.), für die Zustimmung des Ehegatten zu Rechtsgeschäften über eingebrachtes Gut oder Gesamtgut (§§ 1379, 1447, 1487, 1519, 1525, 1549 B.G.B.), für die Zustimmung des Mannes zu einem Rechtsgeschäft, welches zur ordnungsmässigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist (§§ 1402, 1451 B.G.B.). In den zuletzt genannten Fällen unter der Voraussetzung, dass für die Verfügung entweder vor der Rechtskraft gemäss § 53 Abs. 2 sofortige Wirksamkeit angeordnet oder dieselbe auf Grund der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgehoben wird.

Ferner gehören hierher die Verfügungen, durch welche die Bestellung einer Nachlassverwaltung (§§ 1981, 1984 B.G.B.), eines Vormunds, Pflegers, Beistands, eines Vertreters zur Führung eines Rechtsstreites gemäss § 268 H.G.B., die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren, Ernennung von Revisoren usw. gemäss § 145 F.G.G. aufgehoben wird. Die Verfügung, durch welche die Bestellung fehlender Mitglieder des Vorstandes, Liquidatoren eines Vereins oder einer Stiftung aufgehoben, (§§ 29, 48, 86, 88 B.G.B.), die Entscheidung des Gerichtes bei Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Testamentsvollstreckern, ausser Kraft gesetzt wird (§ 2224 B.G.B.) u. dergl. mehr[1]).

Über die vom § 32 F.G.G. umfassten Fälle hinaus hat der Gesetzgeber nun aber keine positive weitgreifendere Bestimmung gegeben. Davon abgesehen müssen also die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden[2]), soweit nicht

[1]) Das Nähere vergl. die Kommentare, besonders Rausnitz S. 184.

[2]) Mit vollem Recht hebt deshalb Dorner (Komm. S. 178) hervor, dass § 32 F.G.G. nicht anwendbar sei auf Beschlüsse des Amtsgerichtes, durch welche dem Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung stattgegeben wird (§ 678 Z.P.O.) und auf landgerichtliche Urteile über Klagen nach § 679, 686 Z.P.O.

Spezialvorschriften in Frage kommen. Betrachten wir nun einmal zunächst die Erfordernisse der Anwendung unseres Prinzipes genauer.

Voraussetzung ist ein Staatsakt, durch welchen ein Rechtszustand geschaffen wurde. Dieser Rechtszustand nun muss praktisch verwertet worden sein, dadurch, dass Dritte auf seiner Grundlage Rechte erwarben. Ergeht nun ein zweiter Staatsakt, welcher den ersten mit rückwirkender Kraft aufhebt, so bleiben trotz desselben jene Rechte bestehen.

Erfordert wird also ein konstitutiver Staatsakt. Wesentlicher Inhalt eines konstitutiven Aktes ist die direkte Gestaltung der materiellen Rechtslage, denn ein Akt ohne diesen Inhalt kann niemals ein konstitutiver sein, der Akt ist vielmehr die causa causans der Rechtsänderung. Haben nun auf Grund des neugeschaffenen Rechtszustandes Dritte Rechte erworben, so sind zwar diese Vorgänge ebenfalls mit dem Urteil verknüpft, aber in ganz anderer Weise, denn hier handelt es sich nur um Wirkungen, welche der Gesetzgeber indirekt mit dem Gestaltungsurteil eintreten lässt. Diese Wirkungen treten ein kraft Zivilrechtes und das Urteil nimmt zu ihnen nur die Stellung ein, dass es die conditio sine qua non ist, es ist nicht ihre wirkende Ursache, sondern nur die Bedingung, an die sie geknüpft sind.

Ergeht nun der zweite Akt, welcher den ersten mit rückwirkender Kraft aufhebt, so wird damit der erste Akt rechtlich vernichtet, da aber diesem essentiell die Gestaltung war, muss damit auch diese entfallen und, wenn die strikte Rückwirkung Platz griffe, dürfte es auch den Wirkungen, deren Bedingung das Urteil war, nicht anders ergehen. Das Prinzip fordert indessen ihre Schonung.

Da nun aber dieser zweite Akt ebenfalls konstitutiver Natur ist, also auch mit ihm untrennbar die Änderung der materiellen Rechtslage verkettet ist, so kann ihm auch diese Kraft nicht genommen werden, ohne sein Wesen zu ändern.

Betrachten wir sodann das essentielle Moment des zweiten Aktes und die indirekten Wirkungen des ersten, welche geschont werden sollen, in ihrem Verhältnis zu einander ohne Rücksicht auf ihre Beziehungen zum konstitutiven Akte, so dürfte sich in den bei weitem meisten Fällen das Verhältnis als ein derartiges charakterisieren, dass diese beiden Momente in gar keinen Beziehungen zu einander stehen, dass sie ihrem Wesen nach nichts einander angehen, dass das eine existieren kann ohne dem Vorhandensein des anderen entgegenzuwirken.

Diese Fälle bilden den Boden für die Anwendung unseres Prinzipes. Es sind dies Fälle, in denen die Aufhebung der Verfügung bezw. des Urteils und die damit notwendig verknüpfte Rechtsänderung einerseits die eingetretenen Folgen andrerseits nach ihrem Wesen nicht geradezu ausschliessen.

Wie verhalten sich nun diese beiden Momente bei dem zugrundeliegenden Fall? Der konstitutive Akt, mit welchem als essentielles Moment die Gestaltung verbunden war, ist in unserem Falle: das Scheidungsurteil mit der Auflösung der Ehe; seine indirekte Wirkung, der Erwerb von Rechten seitens Dritter auf Grund der geschaffenen Rechtslage: die neue Ehe. Ergeht nun der zweite Staatsakt, so ist die ihm essentielle Gestaltung die Wiederherstellung der alten Ehe. Da aber das Prinzip ein Bestehenlassen der indirekten Wirkungen bezüglich Dritter trotz Rückgestaltung verlangt, so würde es im vorliegenden Falle das Bestehenlassen der neuen Ehe erfordern.

Es liegt auf der Hand, dass hier nur eins der beiden Momente bleiben kann, denn das gleichzeitige Bestehen der alten und der neuen Ehe ist gemäss § 1326 B.G.B. rechtlich nicht möglich. Die beiden Momente stehen hier in dem Verhältnis, dass das eine das andere ausschliesst. Die Gestaltung und die nach dem Prinzip bestehen bleibende Folge des ersten Gestaltungsurteils stehen hier in krassem unvereinbaren Gegensatze so, dass das Vorhandensein des einen die Existenz des andern unmöglich macht.

Wo aber das essentielle Moment des Staatsaktes und eine einzelne Wirkung desselben einander widerstreiten, derart, dass das eine dem andern zu weichen genötigt ist, da kann es kein Zweifel sein, dass das essentielle Moment eben dieser Eigenschaft wegen als das ausschlaggebende in die Wagschale fallen muss.

Ist es also nicht möglich, die erste Ehe wiederherzustellen und zugleich die neue Ehe aufrecht zu erhalten, so muss man die zweite Ehe vernichten, weil die Wiederherstellung der ersten Ehe das essentielle Moment des zweiten Staatsaktes, das Vorhandensein der zweiten Ehe aber nur eine wenigstens juristisch nebensächliche Wirkung des ersten ist, denn der juristische Zweck der Scheidungsklage war die Auflösung der Ehe. Dass der Kläger lediglich das Ziel damit verfolgen konnte, sich wieder verheiraten zu dürfen, soll nicht geleugnet werden, ist aber juristisch gleichgültig. Ist also das Essentielle des Scheidungsurteils die Auflösung der Ehe und die Befugnis eine neue Ehe eingehen zu dürfen nur eine zwar gleichzeitig damit verbundene, jedoch vom Zwecke abseits stehende Folge, so ist es ein Erfordernis der Gerechtigkeit, dass die zweite Ehe zugunsten der ersten vernichtet wird.

Hatte sich also der Grundsatz, dass Rechte, welche auf Grund eines durch konstitutiven Staatsakt geschaffenen Rechtszustandes von Dritten erworben worden sind, bei Aufhebung dieses Staatsaktes geschont werden müssen, als ein Satz von allgemeiner Gültigkeit herausgestellt, so ist er doch, wie sich aus obigen Ausführungen ergeben haben dürfte, dahin zu modifizieren, dass eine Schonung nur insoweit stattfinden darf, als sie mit dem Wesen des Gestaltungsurteils irgend vereinbar ist. In allen Fällen, in denen konstitutive Urteile mit rückwirkender Kraft gegeben sind, wird demnach das Prinzip von der Schonung der Rechte Dritter zur Anwendung zu bringen sein, eventuell jedoch mit jenem Rückschlag zugunsten der strikten Rückwirkung.

E.
IV. Teil.

§ 10.
Bestätigungen der getroffenen Entscheidung.

Dass mit der hier getroffenen Entscheidung nicht fehlgegriffen, und somit die Berechtigung des Durchbruches des Prinzipes der Schonung erworbener Rechte nachgewiesen ist, wird noch durch mancherlei Erwägungen im Bereiche des geltenden Rechtes bestätigt. Ehe ich aber darauf eingehen möchte, verweise ich noch auf diejenigen beiden Rechte, welche den grössten Einfluss auf unser rechtliches Denken sowie die Ausgestaltung unseres Rechtsbaues überhaupt und das Gebiet des Eherechtes insbesondere, geübt haben, auf das römische und das Kirchenrecht.

Einen Fall, genau dem unseren gleichend, konnte das römische Recht nicht zeitigen, weil ihm die „Wiederaufnahme des Verfahrens“ unbekannt ist. Sucht man aber nach einer ähnlichen Rechtslage, so dürfte ein Beispiel dafür durch die in integrum restitutio gegeben sein, welche im § 5 ausführlich behandelt worden ist, weshalb es sich erübrigen dürfte, hier noch einmal darauf zurückzukommen. Für den speziellen Fall aber glaubt Hellwig[1]) zwei analoge Fälle im römischen Rechte gefunden zu haben. Beide sind bereits gestreift[2]) worden. Hellwig verweist auf das jus postliminii und fragt: Wie ist es mit der Ehe eines in die Kriegsgefangenschaft geratenen Römers, wenn dieser nach Verlust seiner Rechtsfähigkeit zurückkehrt und seine frühere Frau in einer zweiten Ehe wiederfindet?

Oder wie, wenn inzwischen der Sohn des captivus, der ja jetzt gewaltfrei ist, aber mit Rückwirkung in die Gewalt zurückkehren kann, sich wieder verheiratet hat?

[1]) Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 1076.
[2]) Am Ende des § 7.

Niemand dürfte bezweifeln, dass, wenn eine Wiederverheiratung des einen von zwei geschiedenen Ehegatten nicht stattgefunden hatte, die mit Erfolg durchgeführte Restitutionsklage alsdann im heutigen Rechte die Wirkung gehabt hätte, dass es zur ehelichen Wiedervereinigung nicht nur einer erneuten Eheschliessung nicht bedurft hätte, sondern dass es vielmehr eine Pflicht der beiden Gatten wäre, sich wieder ehelich zu vereinigen. Ganz anders bei den Römern. Bei ihnen ist und bleibt die Ehe aufgelöst, selbst wenn res integra ist[1]), um so mehr also, wenn der zurückgebliebene Ehegatte inzwischen eine neue Ehe abgeschlossen hat. Die Heranziehung der l. 8 D. 49, 15 dürfte demnach zwecks analoger Anwendung auf unseren Fall kaum geeignet sein.

Was nun den zweiten Fall anlangt, so kann man sich mit Hellwig von vornherein nicht einverstanden erklären, wenn er sagt, in der Zwischenzeit sei der Sohn des captivus gewaltfrei, wenigstens nicht, wenn man dabei an das jus postliminii der späteren Zeit denkt. Das ältere Recht hat zwar den filiusfamilias im Falle der Gefangennahme des paterfamilias sui juris werden lassen, diesem jus postliminii fehlt aber die Rückwirkung gänzlich. Als später diese Auffassung mit dem klassischen Recht, namentlich mit der capitis diminutio minima, in Widerspruch geriet, erfuhr dieses Rechtsinstitut eine Regelung dahin, dass der Zustand der Zwischenzeit als ein derartig schwebender aufgefasst wurde, dass keine der beiden Möglichkeiten prävalierte. Trat aber der deklarierende Umstand ein, d. h. starb der Vater in der Gefangenschaft oder kehrte er zurück, so wurde damit klargestellt, dass der Sohn vom Augenblicke der Gefangennahme des Vaters ab paterfamilias beziehungsweise nach wie vor der Gefangennahme filiusfamilias war.

Nun sind allerdings die allgemeinen Grundsätze des jus postliminii hinsichtlich des Zustandes der Zwischenzeit

[1]) Das Nähere siehe unten S. 32.

[2]) Vergl. Bechmann, das jus postliminii S. 19 ff.

zugunsten des sich verheiratenden Haussohnes durchbrochen worden, indem er in dieser Hinsicht als paterfamilias galt. Kehrte nämlich der Vater zurück und stellte es sich also heraus, dass der Sohn immer filiusfamilias gewesen war, so bleibt dennoch die Ehe des Sohnes zu Recht bestehen. Dieser Fall, welcher demnach eine Ausnahme von der allgemeinen Regel und zwar zugunsten der „publica nuptiarum utilitas“ [1]) enthält, ist für die Auslegung unseres Gesetzes in bezug auf den uns beschäftigenden Fall von fast gar keiner Bedeutung wegen der gänzlich verschiedenen Auffassung der Ehe im römischen und im heutigen Recht; denn den Römern ist der ideale Gedanke, dass die Ehe ein auf Lebenszeit eingegangenes untrennbares, oder doch wenigstens nur aus gewissen, im Gesetze genau begrenzten Gründen trennbares Rechtsverhältnis sei, in ihrem Rechtsleben fremd. Nach römischer Rechtsanschauung ist es vielmehr ein Rechtsverhältnis, welches der Willkür der Gatten in der Weise preisgegeben ist, dass der blosse Dissens des einen genügt, die Ehe aufzulösen, es ist ein Verhältnis, dessen rechtliches Vorhandensein essentiel mit dem tatsächlichen Zusammenleben verknüpft ist und insofern mit dem Besitze zu vergleichen ist.[2])

Im scharfen Gegensatz zum römischen steht das kanonische Recht. Hier finden wir die Ehe als von Gott eingesetzt, als göttliche Stiftung, als Sakrament. Aus diesem Grunde, sowie wegen der in ihr liegenden natürlichen Verbindung, betrachtet die Kirche die christliche Ehe[3]) als unlöslich dem Bande nach und gestattet nur eine faktische Trennung. Diesen dogmatischen Satz hat die Kirche stets verfochten und niemals eine Ausnahme davon gemacht, sei es dadurch, dass eine Ehe geschieden oder die Erlaubnis zu einer zweiten erteilt worden wäre, bevor die bestehende

[1]) Tryphoninus in D. 49, 15, 12, 3.

[2]) Bechmann a. a. O. S. 44, 79.

[3]) Abgesehen von den Ausnahmebestimmungen bei dem matrimonium ratum sed non consummatum.

durch den Tod des andern Gatten gelöst wurde.[1]) Mag auch das römische Recht diesem Grundsatz entgegengewirkt haben, und in der Kirche Englands und des Frankenreiches die Ehescheidung die Kraft das Band gänzlich zu lösen noch im 8. Jahrhundert besessen haben, so brach doch die strengere kirchliche Ansicht, welche die Päpste immer vertreten hatten, die nationalen Anschauungen, und im Dekrete Gratians erscheint der Satz, dass das gültig geschlossene Band der Ehe nur durch den Tod aufgelöst werden könnte, schon als völlig entschieden.[2])

Auch als die protestantische Lehre die Sakramentsnatur und die Unlöslichkeit der Ehe verwarf, beharrte die katholische Kirche bei ihrer Anschauung und brachte sie im Tridentiner Konzil von neuem zum Ausdruck, indem sie die Leugner der Richtigkeit der Lehre, dass die Ehe dem Bande nach trotz Ehebruchs unauflösbar sei, mit dem Anathem bedroht, ebenso wie diejenigen, welche die Folgen dieses Satzes, dass keiner der Ehegatten, selbst der unschuldige, die Befugnis habe, bei Lebzeiten des andern zu einer neuen Ehe zu schreiten und nicht nur der binubus, sondern auch der neue Ehegatte sich des Ehebruches schuldig mache, als irrtümlich bezeichnen.[3])

Diesen dogmatischen Satz hat die Kirche auch als weltliches Recht durchgesetzt. Hat doch schon Karl der Grosse diesen Grundsatz zum Reichsrecht erhoben.[4])

Ist demnach zwar eine faktische Trennung der Ehe wegen Ehebruchs möglich, so ist doch ausnahmlos die Wiederverheiratung jedes der Ehegatten unstatthaft, solange der andere noch lebt, und deshalb ist nach kanonischem Eherecht jede Ehe, welche ein Ehegatte bei Leb-

[1]) Die Doppelehe des Grafen von Gleichen gehört in das Gebiet der Sage.

[2]) Vergl. Sohm, Zeitschrift f. Kirchenrecht, Bd. 9 S. 246; Hinschius, Zeitschrift f. deutsches Recht, Bd. 20 S. 66; Richter S. 986.

[3]) Sessio XXIV, can. 7 de sacr. matr.

[4]) Scherer, Kirchenrecht, Bd. 2 S. 547.

zeiten des andern eingeht, nicht nur eine Sünde, sondern sie ist auch null und nichtig.

Lässt man also den vorliegenden Fall im Lichte des katholischen Kirchenrechtes erscheinen, so kann nicht der geringste Zweifel an der Gültigkeit der ersten Ehe seine Rechtfertigung finden.

Auch das protestantische Eherecht musste die Errungenschaften des kanonischen Rechtes, die Umbildung des alten heidnischen Eherechtes durch den idealen Gedanken der Unlösbarkeit der Ehe, bis zu einem gewissen Grade anerkennen und konnte sich nur darauf beschränken ihn zu modifizieren dadurch, dass man in Anlehnung an die Schrift die Scheidung der Ehe zunächst nur wegen adulterium und desertio malitiosa für zulässig erklärte. Diesen Ausnahmen folgten später andere, und so gab es eine Reihe von Fällen, in denen nicht nur die kanonische dauernde Trennung von Tisch und Bett, sondern eine Lösung dem Bande nach möglich war. Zwar haben nun die älteren evangelischen Ordnungen noch allgemein den Grundsatz, dass die Wiederverheiratung des schuldigen Teiles ohne besondere Dispensation nicht gestattet ist, indessen entfernen sich spätere Gesetze davon mehr und mehr, indem man bisweilen seine Anwendung auf diejenigen Fälle beschränkte, in denen der Richter ein derartiges Verbot erliess, bis es schliesslich zur Regel wurde, dass einer Wiederverheiratung nichts entgegensteht.[1])

Zwecks Behandlung der Frage aber, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn eine neue Ehe seitens eines geschiedenen Gatten abgeschlossen ist, das Scheidungsurteil aber wieder aufgehoben wird, muss auf die kanonische Lehre von den Annullationssentenzen verwiesen werden.

Nach der kanonischen Rechtsdisziplin erlangen annullierende Urteile niemals volle Rechtskraft, denn aus der dem kanonischen Rechte eigenen Auffassung der Ehe

[1]) Vergl. Goeschen, Doctrina de matrimonio S. 39.; Schulte S. 462.

ergibt sich, dass bei Vorhandensein des Konsenses und bei formgerechter Erklärung desselben unter der weiteren Voraussetzung des Nichtvorhandenseins eines Ehehindernisses eine vollgültige Ehe entstanden ist, und dass es auch einer richterlichen Sentenz nicht möglich sein kann, daran etwas zu ändern, z. B. die Ehe aufzuheben. Fehlt es hingegen an einer jener Voraussetzungen, so ist eine Ehe überhaupt nicht entstanden und kein richterliches Erkenntnis kann die Kraft haben, sie davon zu heilen und zu einer gültigen zu machen.

Dennoch war es beiden Teilen von Rechts wegen gestattet, nach zwei konform annullierenden Sentenzen eine neue Ehe einzugehen. Diese Befugnis ist ihnen aber vom Rechte nur mit einer bedeutungsvollen Modifikation verliehen. Stellt sich nämlich heraus, dass die Erkenntnisse auf irriger Grundlage beruhen, dass also die frühere Ehe in Wirklichkeit gültig gewesen ist, so soll die zweite Ehe nichtig sein.

Mag nun auch dieser Satz seine Rechtfertigung vor allem in der kanonischen Anschauung finden, dass nach dem oben angeführten Grundsatze das vinculum matrimonii nur durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst werden kann, so nahm doch das protestantische Recht die Lehre des kanonischen von der Annullation der Ehe an und hielt bis auf Böhmer so streng daran fest, dass dieser sagte[1]):

> Atque haec est communis interpretum juris canonici et protestantium sententia, quae adeo altas radices egit, ut de ea dubitare nefas esse videatur.[2])

Die Praxis der protestantischen Ehegerichte ging aber insofern noch weiter, als sie die Anwendung dieses Grundsatzes nicht auf die Fälle der Nichtigkeit einer Ehe beschränkte, sondern ihn vielmehr auch in bezug auf die Ehescheidung anwandte, so dass also im vorliegenden

[1]) Jus eccl. Prot. lib. 2 tit. 27 § 42.

[2]) Böhmer selbst sucht nachzuweisen, dass dieser Satz im kanonischen Recht unbegründet sei.

Falle, in dem sich herausgestellt hat, dass das Scheidungsurteil zu Unrecht erlassen ist, die zweite Ehe nichtig sein muss.[1] [2])

Es liegt auf der Hand, dass eine Bestätigung der getroffenen Entscheidung durch die Anschauungen, welche die Religionen des modernen Staates ihren Bekennern einflössen, nicht ohne Interesse ist, kann sie vom rechtlichen Gesichtspunkt aus auch nicht als eine Begründung gelten. Stellt sich doch gerade auf dem Gebiete des Eherechts der Gesetzgeber durchaus nicht immer auf den religiösen Standpunkt, wenn er natürlich auch im allgemeinen den religiösen Anschauungen Rechnung trug, ja in einem Falle, den man analog auf den unseren anzuwenden geneigt sein könnte, dem katholischen und protestantischen Eherecht geradezu eine Konzession machte.

Während nämlich nach § 1348 Abs. 2 mit der Schliessung der neuen Ehe die frühere aufgelöst wird und auch dann aufgelöst bleibt, wenn die Todeserklärung auf Grund einer Anfechtungsklage hin aufgehoben wird, fordert das katholische und das protestantische Eherecht, dass die neue Ehe nichtig ist, wenn der für tot Erklärte im Zeitpunkte der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten noch lebt. Diesem Widerstreit ist nun der Gesetzgeber in der Weise gerecht geworden, dass er, wie die Denkschrift[3]) sagt: Demjenigen Ehegatten, der aus religiösen oder sittlichen Bedenken nicht in der zweiten Ehe bleiben wollte, das Recht gibt, die zweite Ehe anzufechten (§ 1350 B.G.B.). Diese Sondervorschrift ist also tatsächlich eine Konzession an die kirchlichen Auffassungen. Da nun aber der Gesetzgeber bei der Ehescheidung konfessionelle Rücksichten insofern nicht genommen hat[4]), als er eine völlige

[1]) Später ist dann die allgemeine Lehre von der Rechtskraft in bürgerlichen Streitigkeiten auch auf die Ehesachen ausgedehnt worden.

[2]) Bartels, Ehe und Verlöbnis, S. 378 ff., Schulte S. 462 ff.; Richter, Lehrbuch des kath. und ev. Kirchenrechts, S. 986 ff.

[3]) S. 264.

[4]) Wenigstens nicht was die katholische Lehre anlangt.

Vernichtung der Ehe durch Urteil zulässt, so kann man auch für unsern Fall nicht ein auf religiöser Grundlage beruhendes, dem § 1350 B.G.B. entsprechendes Anfechtungsrecht gegenüber der zweiten Ehe herleiten und die Gültigkeit der ersten Ehe mit diesem Paragraphen verteidigen.[1])

Aber liegt nicht vielleicht in der Vorschrift des § 1348 B.G.B. eine Widerlegung der getroffenen Entscheidung?

Es ist nicht zu leugnen, dass eine analoge Anwendung dieses Paragraphen zugunsten der zweiten Ehe naheliegt.

Man vergegenwärtige sich, dass, wenn auf Grund der Todeserklärung des einen Ehegatten der andere eine neue Ehe einging (mit deren Schliessung ja doch die frühere Ehe aufgelöst wird), und es sich nun herausstellt, dass der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, also die Todeserklärung unrichtig ist, die neue Ehe trotzdem nicht deshalb nichtig wird.

Vergleichen wir diesen mit unserem Fall!

An Stelle des Scheidungsurteils tritt das Todeserklärungsurteil. Erwägt man, bei welchem von beiden Erkenntnissen die Möglichkeit, dass es unrichtig sei, prävaliere, so wird man zu dem Resultat kommen, dass die Wahrscheinlichkeit, das Scheidungsurteil mit Erfolg im Wiederaufnahmeverfahren anzufechten, im Vergleiche zur Möglichkeit der Rückkehr eines für tot Erklärten die geringere ist, dass vielmehr die Möglichkeit der Unrichtigkeit einer Todeserklärung gar nicht allzufern liegt. Da nun das Gesetz trotz dieser nicht allzufernen Möglichkeit die Wiederverheiratung für zulässig und mit ihr die Ehe des Verschollenen für aufgelöst erklärt, so muss es, weil die Möglichkeit, ein Scheidungsurteil im Wege der Restitutionsklage mit Erfolg anzufechten, die entferntere ist, um so mehr gerechtfertigt erscheinen, das Wiederaufleben der aufgelösten Ehe auszuschliessen, wenn der geschiedene Ehegatte von dem Rechte der Wiederverheiratung Gebrauch

[1]) Ebenso Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 838.

gemacht hat. Diese Analogie ist jedoch deswegen nicht angängig, weil § 1348 B.G.B. eine ganz singuläre Bestimmung enthält. Das Gesetz gestattet nämlich hier die Wiederverheiratung auf eine blosse Vermutung hin; denn das Todeserklärungsurteil begründet nach § 18 Abs. 1 B.G.B. nur die Vermutung, dass der für tot erklärte Ehegatte in dem Zeitpunkte gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgesetzt ist. Das Todeserklärungsurteil kann demnach mit dem Scheidungsurteil keineswegs auf gleiche Stufe gestellt werden.

Weil aber nach § 1348 B.G.B. die Wiederverheiratung auf eine Vermutung hin gestattet wird, ist dabei auch dem guten Glauben der Ehegatten eine grosse Bedeutung beigelegt. Ganz anders in unserem Falle, wo er, wenigstens zivilrechtlich, bedeutungslos ist.[1])

Eine Widerlegung der getroffenen Entscheidung kann also im § 1348 B.G.B. nicht gesehen werden, hingegen könnte man eine Bestätigung derselben im § 1309 Abs. 2 B.G.B. erblicken:

> Wird gegen ein Urteil, durch das die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage erhoben, so dürfen die Ehegatten nicht vor der Erledigung des Rechtsstreites eine neue Ehe eingehen, es sei denn, dass die Klage erst nach dem Ablaufe der vorgeschriebenen fünfjährigen Frist erhoben worden ist.

Dieser Paragraph beruht, wie Planck[2]) ausführt, darauf, dass das auf Grund der erfolgreichen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage ergehende Urteil seine Kraft verliert, wenn es infolge der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben wird, und dass daher die neue Ehe nach § 1326 B.G.B. nichtig wäre. Obwohl diese Meinung die fast allgemein anerkannte ist, mag doch auf Heranziehung

[1]) Vergl. Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 838 Erler, Ehescheidungsrecht, S. 170.

[2]) Komm. Anm. 3 zu § 1309.

vorstehender Vorschrift als Bestätigung verzichtet werden, denn man könnte zur Entkräftung derselben auf § 1349 B.G.B. verweisen[1]):

> Ist das Urteil, durch das einer der Ehegatten für tot erklärt worden ist, im Wege der Klage angefochten, so darf der andere Ehegatte nicht vor der Erledigung des Rechtsstreites eine neue Ehe eingehen, es sei denn, dass die Anfechtung erst 10 Jahre nach der Verkündung des Urteils erfolgt ist.

Die Ähnlichkeit dieser beiden Vorschriften kann nicht in Abrede gestellt werden, und man kann sich mit Planck[2]) einverstanden erklären, wenn er sagt, dass § 1349 ein dem § 1309 Abs. 2 B.G.B. nachgebildetes Ehehindernis darstellt.

Da nun aber, wie schon oben ausgeführt, nach § 1348 Abs. 2 S. 2 B.G.B. die alte Ehe aufgelöst bleibt, auch wenn die Todeserklärung ihre Kraft verliert, so kann kein Zweifel sein, dass diese Vorschrift den Zweck hat, die erste Ehe vor ungerechtfertigter Auflösung zu schützen, denn so könnte man weiter folgern[3]), kann auch § 1309 Abs. 2 dieses Ziel verfolgen.

Indessen fehlt es in unserem Rechte keineswegs an Bestätigungen unserer Entscheidung.

I. Wäre die Ansicht der Gegner richtig, so würde das der Restitutionsklage stattgebende Urteil ein sonderbares Rechtsgebilde hervorrufen: Die ursprüngliche Scheidungsklage wäre abgewiesen, das früher bejahte Scheidungsrecht verneint. Trotzdem aber würde die Scheidung fortdauern, obwohl ihr doch die Grundlage, auf welcher sie allein denkbar war, das festgestellte Scheidungsrecht, entzogen wird. Die Scheidung muss doch aber mit der Bejahung des Scheidungsrechtes untrennbar zusammenhängen und kann nicht ohne dieses selbständig fortbestehen[4]).

---

[1]) Wie dies Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung, S. 838, tut.

[2]) Komm. zu § 1349.

[3]) So Hellwig a. a. O.

[4]) Oetker, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1904, S. 1031 ff.

II. Dazu kommt, dass es eine Restitutionsklage mit derartigem Erfolge in unserem Rechte nicht gibt, vielmehr läge ein abnormer Rechtsbehelf vor, würde die Klage zur Aufhebung des Scheidungsurteils aber nicht zur Wiederherstellung der Ehe führen. Oetker[1]) vergleicht diesen Rechtsbehelf mit der Nichtigkeitsbeschwerde des französischen Rechtes und meint, dass ein solcher Rechtsbehelf unserem Rechte unbekannt sei. Dies kann allerdings nicht gebilligt werden. Unbekannt ist er ihm nicht, findet sich aber nur einmal hervorgerufen durch die ganz singuläre Vorschrift der §§ 18, 1348 B.G.B.[2]).

Soviel ist indessen unbestreitbar, dass unser Gesetz eine derartige Klagengattung nicht kennt und vollends könnte eine derartige Klage doch niemals eine „Restitutions"-klage sein! Ihr Endergebnis wäre eben gerade keine Restitution sondern eine Deklaration dahin, dass das Scheidungsrecht und die Schuld des Beklagten zu Unrecht bejaht worden sei. Zu dieser moralischen Reinigung des fälschlich für schuldig erklärten Gatten würde das vorangegangene Strafurteil allein ja vollkommen ausreichen. Lässt man aber überhaupt die Restitutionsklage in unserem Falle zu, so entspricht es dem Sinne unseres Gesetzes, der Restitutionsklage die ihr gewöhnlich zukommende Wirkung auch hier zu geben, da genügender Grund ihr ihre Kraft zu nehmen aus dem Gesetz nicht hergeleitet werden kann.

Das einzige Mittel die zweite Ehe zu schonen wäre nur der völlige Ausschluss der Restitutionsklage.[3]) Der Versuch aber mit der Restitutionsklage den Fortbestand der zweiten

[1]) a. a. O.

[2]) Näheres darüber siehe Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1904, S. 1075.

[3]) Diese Behauptung ist denn auch tatsächlich aufgestellt worden, Siebenhaar (Komm. S. 573) glaubt, eine Wiederaufnahme des Verfahrens finde in Ehesachen nicht statt, „wenigstens dann nicht, wenn eine Ehe vom Bande geschieden ist", denn das eheliche Band, das durch ein rechtskräftiges Urteil aufgehoben sei, könne nur von neuem durch Konsens geschlossen, nicht aber durch ein entgegengesetztes Urteil wieder aufgehoben werden. Begegnet dem schon für die alte

Ehe zu vereinen, ist, wie Oetker[1]) mit Recht hervorhebt, Versuch zwischen unvereinbaren Gegensätzen zu vermitteln.

III. Das Gesetz schliesst auf dem Gebiete des Eherechtes jede Willkür aus. Zu diesem Zwecke muss z. B. der sonst im Zivilprozess massgebende individuelle Wille der Parteien gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Ehe zurücktreten. Demgemäss ist die Verhandlungsmaxime in ihren wesentlichsten Folgesätzen ausgeschlossen, und im B.G.B. sind die Scheidungsgründe in ganz bestimmtem Umfange festgesetzt. Hielte man aber die zweite Ehe aufrecht, so wäre alsdann in unserem Falle ein neuer Ehescheidungsgrund enthalten, nämlich die Wiederverheiratung. Denn hätte der eine Ehegatte, um von dem andern loszukommen, z. B. einen Zeugen zu einer falschen Aussage verleitet, und wird daraufhin die Ehe geschieden, so bliebe die Ehe, auch wenn der unschuldige Ehegatte die Restitutionsklage mit Erfolg geltend gemacht hätte, aufgelöst und zwar lediglich aus dem Grunde, weil jener inzwischen eine neue Ehe geschlossen hat[2]).

IV. Durch die erste Eheschliessung des binubus erwarb sein erster Gatte das ideelle Gut Ehegatte zu sein. Durch seine Wiederverheiratung erwarb das gleiche Recht der zweite Gatte. Hier nun, wo das Recht des ersten Gatten dem des zweiten gegenübertritt und zwar, wie nachgewiesen, dergestalt, dass eines derselben notwendig aufgehoben werden muss, sei endlich an den alten Rechtssatz erinnert:

prior tempore potior est jure[2]).

Z.P.O. Petersen (Komm. II S. 466), weil diese Ansicht im Gesetze keinen Halt habe, so wird für das heutige Recht die Frage durch § 1309 Abs. 2 B.G.B. gänzlich ausser Zweifel gestellt.

[1]) a. a. O. S. 1031.

[2]) So auch Oetker a. a. O.

F.

Schluss.

Die Gegner der getroffenen Entscheidung führen nun besonders zwei Umstände an, aus denen sich die vermeintliche Absurdität derselben klar ergeben soll.

Würde durch das der Restitutionsklage stattgebende Urteil die erste Ehe wieder hergestellt, so müssten an sich auch diejenigen Verfügungen der geschiedenen Gattin in der Zeit zwischen der Scheidung der Ehe und ihrer Wiederherstellung, zu welcher eine Ehefrau der Einwilligung des Ehemanns bedarf, durch die mit rückwirkender Kraft erfolgende Herstellung der Ehe unwirksam werden (§ 1395 B.G.B.), weil ein Dritter die Beschränkungen der Rechte der Frau (§ 1395 bis § 1403 B.G.B.) gegen sich gelten lassen muss, auch wenn er nicht gewusst hat, dass die Frau eine Ehefrau ist (§ 1404 B.G.B.).

Hat weiterhin die geschiedene Ehefrau etwa in der Zwischenzeit geboren, so muss auf die Kinder die Vermutung Anwendung finden, dass sie eheliche sind. Denn nach § 1591 Abs. 1 ist ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen, und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat: nach Abs. 2 daselbst aber wird vermutet, dass der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe. Mit Hellwig, Kohler u. a. kann man sich einverstanden erklären, dass diese Konsequenzen ungesund und gesellschaftswidrig sind. Aber diese letztere gesellschaftswidrige Konsequenz ergibt sich auch dann, wenn nach der Todeserklärung des Mannes die Frau Kinder empfängt und gebiert, denn sowohl die Theorie[1]), als auch die Praxis[2]) vermutet in diesem Falle

[1]) So Boschau in der deutschen Juristen-Zeitung, Jahrg. 1903, No. 3.

[2]) So das Kammergericht in Rechtsprechung der O.L.G. 1903 Bd. 6 S. 153.

die Beiwohnung. Die weitere Folge dieser Auffassung wäre die Unmöglichkeit, die Legitimität solcher Kinder anzufechten, wenn der Mann wirklich tot ist[1]). Ich bin weit davon entfernt, dieser Meinung beizupflichten und den Schluss zu ziehen, dass das, was im Falle der Todeserklärung nicht zu gesellschaftswidrig ist und angeblich Rechtens sein muss, auch in unserem Falle Rechtens sein könne, bin vielmehr mit Kohler völlig der Meinung, dass eine derartige Gesetzesauslegung auf des Entschiedenste zu vermeiden ist, jedoch mit der Massgabe, dass diese Absurdität trotz Wiederherstellung der ersten Ehe auch vermieden werden kann und zwar durch Anwendung des Prinzipes von der Schonung der Rechte Dritter. Hatte sich ergeben, dass diese bestehen bleiben müssen, insoweit die Schonung nur irgend mit dem Wesen des aufhebenden Staatsaktes in Einklang gebracht werden kann, so sehe ich keinen Grund, weshalb es in den letztgedachten Fällen in seiner Regelwirkung nicht Platz greifen sollte. Gerade die Eigenschaft desselben als eines Satzes von allgemeiner Bedeutung diene als Mittel, die Härten, welche unsere Entscheidung sonst mit sich bringen würde, zu mildern.

[1]) Mit Recht dagegen Neubecker, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1903, S. 101, und Dernburg, welcher in „Das Bürgerliche Recht“ Bd. 4 S. 218 Anm. 9 bemerkt: Man wird aber sagen müssen, daß der Satz des § 1591 Absatz 2, wonach vermutet wird, dass der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe, nicht eingreifen kann, wenn infolge der Todeserklärung nach § 18 die Vermutung besteht, dass der Verschollene bereits gestorben sei. Die letztere Vermutung muss überwiegen, da die Frau von jemandem, welcher vermuteter Weise gestorben ist, ein Kind nicht vermuteter Weise empfangen kann.

Literaturverzeichnis.

Arndts: Pandekten. 14. Aufl. 1894.

Bartels: Ehe und Verlöbnis nach gemeinem und partikularem Rechte.

Bechmann: Das jus postliminii. 1872.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, begründet von Gruchot, fortgesetzt von Rassow, Küntzel und Eccius. Bd. 45.

Birkenbihl: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1900.

Birkmeyer's Enzyklopädie. 2. Aufl.

Böhmer: Jus ecclesiasticum Protest. usum hodiernum juris canonici. 1728.

Bruck: Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. In Leonhard: Erläuterungen des bürgerlichen Rechtes.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1. Aufl. 1902/05.

Dernburg: Pandekten. 7. Aufl. 1902/03.

Dernburg: Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie. 1886.

Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben v. Laband, Stenglein, Staub. Jahrg. 1899, 1901, 1903, 1904.

Dorner: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Ebert-Dudek: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1898.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1902.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Bd. 9, 28, 36, 44, 45.

Erler: Ehescheidungsrecht.

Festschrift d. Heidelberger Juristenfakultät für Immanuel Bekker.

Fitting: Der Zivilprozess. 8. Aufl.

Fitting: Über den Begriff der Rückziehung. 1856.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, in Verbindung mit Ebert und Schneider herausgegeben. 5. Aufl. 1903.

Friedberg: Lehrbuch des kathol. und evang. Kirchenrechts. 5. Aufl. 1903.

Gaupp-Stein: Kommentar zur Z.P.O. 8. Aufl.
Goeschen: Doctrina de matrimonio exordinationibus saec. XVI adumbrata.
Hase: Das jus postliminii. 1851.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900. (Zit. Hellwig, A. und K.)
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1903. (Zit. Hellwig, Lehrbuch.)
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Hergenhahn: Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht. 1890.
Hölder: Pandekten. 1891.
Holweck: Das Eherecht im Lichte des kanonischen Rechtes. 1900.
Hubrich: Ehescheidung in Deutschland. 1891.
Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begründet von Gerber und Ihering, fortgesetzt von Regelsberger. Bd. 31, 40.
Josef: Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1902.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Band II. 2. Aufl. 1893.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Kohler: Prozessrechtliche Forschungen.
Kohler: Der Prozess als Rechtsverhältnis.
Kuhlenbeck: Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem E.G.
Langheineken: Urteilsanspruch. (Zit. U. A.)
Leonhard: Der allgemeine Teil des B.G.B. 1900.
Leske: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Preuss. allgemeinen Landrechts. 1900/01.
Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Bödiker. Bd. 7, 16, 20.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Motive zum Entwurf I. Lesung des B.G.B.
Mugdan: Gesammelte Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 1899.
Neumann: Das B.G.B. nebst dem E.G. mit Kommentar in Anmerkungen.
Petersen: Kommentar zur Z.P.O. 3. Aufl.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst E.G. 3. Aufl. 1903/05.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B.G.B.
Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1900.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. Jahrg. 1900.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falckmann. Bd. 6.
Richter: Lehrbuch des kathol. und evang. Kirchenrechts. 1886.
Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Bd. II. 1890.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. Herausgegeben von Hoffmann und Wulfert. Bd. 11.
v. Scherer: Handbuch des Kirchenrechts. 1886.
Schmidt: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 1898.
v. Scheurl: Das gemeine deutsche Eherecht. 1882.
Schulte: System des allgemeinen katholischen Kirchenrechts. 1856.
Schulze-Görlitz: Das R.G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1900.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch. 1903.
Seuffert: Kommentar zur Z.P.O. 8. Aufl.
Siebenhaar: Kommentar zur Z.P.O. 1877.
Stein: Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen. 1897.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozessordnung (Kommentar). 2. und 8. Aufl.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I. 1885.
Wach: Vorträge über die Reichs-Z.P.O. 2. Aufl. 1896.
Walter: Lehrbuch der Kirchenrechts. 1839.
Weissler: Kommentar zum R.G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1900.
Wilmowsky-Levy: Kommentar zur Z.P.O. 6. Aufl.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, bearbeitet von Kipp. 8. Aufl. 1900.
Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess. Herausgegeben von Busch, fortgesetzt von Vierhaus und Schultzenstein. Bd. 15, 22, 27, 29, 33.
Zeitschrift für Kirchenrecht. Bd. 9.
Zitelmann: Internationales Privatrecht. 1897/98.